

Derechos humanos y naturaleza humana

Segunda edición

Mauricio Beuchot
Javier Saldaña Serrano





Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

DERECHOS HUMANOS
Y NATURALEZA HUMANA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 311

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Iván Escoto Mora
Edna María López García
Formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortíz
Elaboración de portada

MAURICIO BEUCHOT
JAVIER SALDAÑA SERRANO

DERECHOS HUMANOS Y NATURALEZA HUMANA

Segunda edición





UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2017

Primera edición: 15 de diciembre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9664-2

CONTENIDO

Capítulo quinto

¿DERECHOS MORALES O DERECHOS NATURALES? UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

Capítulo sexto

LA FILOSOFÍA POLÍTICA EN TOMÁS DE AQUINO

Capítulo séptimo

LA HERMENÉUTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Hace más de tres lustros apareció por primera vez el libro que el lector tiene en sus manos. En aquella ocasión los autores nos propusimos ofrecer un trabajo que reuniera algunas de nuestras reflexiones en torno al derecho natural y a los derechos humanos. A los pocos meses de aparición de aquel volumen, sus ejemplares se agotaron y, como muchas personas nos señalaron, resultaba muy difícil —por no decir imposible— conseguirlo hasta en librerías. Esta fue una de las razones —pero no la única ni mucho menos la más importante— por la que decidimos publicar una nueva edición de aquel trabajo, pero ahora corregida y aumentada, por lo que se dirá después.

Otra razón que nos motivó a esta reedición fue el hecho de querer aportar una propuesta nueva al debate sobre la forma en la que hay que entender los derechos humanos en México. Hasta ahora, como sabemos, se han comprendido estos derechos sólo desde el prisma del derecho positivo y, en consecuencia, erróneamente se ha pensado que los derechos humanos son derecho sólo hasta que se encuentran establecidos en un documento escrito.

Esta manera de pensar los derechos humanos, y en general el derecho en México, ha resultado perniciosa para la cultura jurídica de este país, principalmente porque en su versión más reductivista, como es la del "normativismo", se ha pretendido olvidar el soporte teórico en el que se tiene que fundamentar el derecho y, en consecuencia, los mismos derechos humanos. Así, se ha llegado a creer que el cimiento filosófico en el que se encuentran radicados es un dato poco relevante para su efectiva protección: nada más erróneo para tal salvaguarda. Hay que

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

decir que sin una sólida base teórica de los derechos humanos, su protección termina por ser aquella que le convenga a quien tiene el poder de establecerlos en el derecho positivo. Por eso es importante ofrecer otra alternativa, más allá del puro dato fáctico positivo, y ésta fue otra de las razones por las que aparece nuevamente este ejemplar.

La tercera razón está en íntima relación con la anterior, y corresponde a lo que sucedió con la reforma constitucional en materia de derechos humanos acontecida el 10 de junio de 2011, reforma en la que se lee —nada menos y nada más que en el propio artículo primero de la Constitución—: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos *reconocidos* en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte…".

La palabra *reconocidos* aplicada a los derechos humanos nos muestra claramente que lo valioso de estos derechos no depende de que se encuentren establecidos en los textos positivos, sino que su valía es anterior a dicho dato fáctico. Habrá que entender que los derechos humanos son valiosos de suyo, con independencia de que se encuentren o no positivizados, son valiosos *per se*. A este valor jurídico prepositivo la tradición central de Occidente le ha denominado siempre "derecho natural"; de modo que si nos tomamos en serio los derechos "reconociéndolos" como ahora lo hace la Constitución mexicana, tendríamos que aceptar la fuerte herencia iusnaturalista que está detrás de esa palabra. Por eso también consideramos relevante reeditar el libro, porque los argumentos establecidos en él ofrecen las ideas centrales de tan rica tradición filosófica.

En su origen, el libro fue escrito principalmente para estudiantes de derecho, filosofía y, en general, para todos aquellos que sin ser especialistas quisieran tener un conocimiento general del derecho natural clásico, aquel que echa raíces en Aristóteles y alcanza su más alta expresión con Tomás de Aquino. Ahora, y para esta segunda edición, se han hecho algunos cambios a la primera, pero con el mismo propósito del público al que fue dirigido origi-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

nalmente. Así, se han suprimido dos de los trabajos que aparecían en aquella ocasión, y se han añadido tres. Dos son de Mauricio Beuchot, que se intitulan: "La hermenéutica y los derechos humanos" y "Hermenéutica analógica, derechos humanos y justicia en un mundo plural". El otro es de Javier Saldaña, que lleva por título "La filosofía política en Tomás de Aquino". En conclusión, creemos que el tema y los textos han conservado su actualidad. Es por eso que los damos de nuevo a la imprenta, esperando que sean de utilidad para cualquier lector. Albergamos la esperanza de que este trabajo pueda guiarlos en la discusión sobre la fundamentación filosófica de tan importantes derechos.

En la lectura y revisión del trabajo agradecemos el apoyo de Luis Enrique Ramírez Vargas.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

INTRODUCCIÓN

En la presente obra nos propusimos reunir algunos trabajos que sirvieran de muestra de un iusnaturalismo contemporáneo aplicado al tema de los derechos humanos. En efecto, consideramos los derechos humanos como derechos naturales subjetivos. Ciertamente, a muchos les ha parecido abusiva la noción misma de derechos naturales, porque no coinciden necesariamente con los derechos positivos, y éstos son los que cumplen plenamente con la definición de derecho. Ellos son los que están en un *corpus* de derechos de un Estado, y su defensa puede ser garantizada por parte de ese Estado. En cambio, los derechos naturales muchas veces tienen que contentarse con estar grabados en la conciencia de los hombres y encontrar su garantía en ella.

Algunos han preferido ver los derechos humanos como algo moral, y de ninguna manera jurídico, ni siquiera de manera analógica, como era visto por la tradición iusnaturalista, sino meramente como un uso abusivo de la palabra "derecho". Se considera que más bien se trata de valores morales —pero no de hechos jurídicos— que están rigiendo el orden del derecho, y que orientan las conciencias a una mejor consecución de la justicia y la paz. Por eso algunos han llamado "derechos morales" a los que antes se llamaban "derechos naturales". Y ahora se ofrece una concepción de los derechos humanos como derechos morales. En todo caso, no se los ve solamente como derechos positivos. Al ser derechos morales, son derechos que están por encima, e independientemente de la positivación valen por sí mismos y gobiernan el despliegue de los derechos positivos.

Sin embargo, creemos que esto sigue indicando que los derechos humanos son algo más que meros derechos positivos; están

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

de alguna manera por encima de su positivación. Es cierto que muchos de ellos ya han sido positivados, y otros siguen paso a paso el proceso de su positivación. Por supuesto que es algo muy deseable y muy importante el llegar a la positivación de todos ellos. Pero su problema filosófico es previo a ello. Se da en el ámbito del conocimiento de los valores humanos y en el de su reconocimiento como obligaciones morales; sólo después se pasa a procurar su incorporación a un *corpus* de derechos de un Estado y de los Estados de manera mundial. Esto es lo que hace a los derechos humanos muy importantes filosóficamente: no sólo son positivados, sino que son encontrados por un proceso de reflexión filosófica y reconocidos como moralmente obligantes, a pesar de que se los viole y se actúe contra ellos.

Esto es lo que ha movido nuestras reflexiones. Así, se encontrarán entre los trabajos aquí agrupados algunas ideas sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos, sobre todo a partir del iusnaturalismo, y un intento de respuesta a la famosa "falacia naturalista", que pasa por ser la objeción más importante contra esa corriente iusfilosófica; asimismo, se verá un intento de conectar nuevamente la ética y el derecho. Se encontrarán, además, planteamientos modernos de estos derechos humanos, ya no como naturales, sino como morales, por ejemplo en Dworkin y Nino. Igualmente, aplicaciones más concretas de los mismos. Se terminará con un ensayo sobre un antecedente de los derechos humanos en la historia, a saber: el eminente filósofo y teólogo del derecho Francisco Suárez.

Los ensayos "La fundamentación de los derechos humanos como problema moral", "Derecho y moral. El caso de los derechos humanos", "La hermenéutica y los derechos humanos", "Hermenéutica analógica, derechos humanos y justicia en un mundo plural", y "La ley natural en Suárez" son de Mauricio Beuchot. Los restantes, a saber: "Derechos humanos y derecho natural. ¿Es posible entender los derechos humanos como derechos naturales?", "Crítica en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos", "¿Derechos morales o dere-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

chos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin" y "La filosofía política en Tomás de Aquino", son de Javier Saldaña. Unos y otros han surgido del diálogo entre los dos autores, del continuo revisar y cotejar las posturas ante los derechos humanos. Ambos autores sostienen una postura iusnaturalista, pero tratan de ponerla al día y atender a las reflexiones y críticas recientes y, sobre todo, a los problemas concretos que surgen a cada momento. Por ello se pensó en reunirlos aquí, como fruto de ese constante diálogo, y con la esperanza de que impulsen la discusión y, sobre todo, la defensa filosófica de esos derechos, mediante la concientización de las personas.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo primero

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PROBLEMA MORAL

I. Planteamiento

Usualmente se ha visto la fundamentación de los derechos humanos como un problema de la filosofía, concretamente de filosofía del derecho. Pero no ha sido sino hasta muy recientemente cuando se ha percibido que también es una cuestión de filosofía moral.[1] Por eso hasta se han planteado como derechos morales. Mas no sólo pertenece (al menos en parte) a la moral su fundamentación, sino que asimismo plantea un dilema moral: ¿Se pueden fundamentar en valores morales inamovibles, o se tienen que fundamentar solamente en la positivación jurídica (que estamos moralmente obligados a cumplir)? El dilema consiste en que si se fundan en valores morales inamovibles, nos veremos obligados a sostenerlos en cosas sobre las que, como la esencia humana, parecen conceptos cerrados, y sobre los que además no hay acuerdo, y que difícilmente son aceptados por todos, a más de que no parecen responder a las situaciones históricas; y si los fundamos en la positivación, ¿pueden ser des-positivados por un tirano, y ser cancelados por los regímenes opresores, así como pueden positivar leyes injustas? Para intentar salir de este dilema y resolverlo, ensayaremos la propuesta de otra alternativa, que no caiga en los inconvenientes de esas dos, consistente en fundar los derechos humanos en valores

[1] Peces-Barba, G., "Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* Granada, núm. 28, 1988, pp. 194 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

morales, e incluso en una naturaleza humana, pero que se da históricamente concretizada y que es atenta a las situaciones concretas en las que los derechos se cumplen. Se trata de un iusnaturalismo vivo, que busca la universalidad para esos derechos, pero que piensa que lo universal se da de manera concreta, situada, encarnada en lo histórico. Es un iusnaturalismo analógico.

Procederemos de la siguiente manera: primero caracterizaremos lo que entendemos por fundamentación. Después veremos las ventajas y desventajas del iuspositivismo. Luego las del iusnaturalismo. En seguida procederemos a añadir algunas consideraciones tendentes a pragmatizar e historizar el iusnaturalismo, resultando lo que llamamos "iusnaturalismo analógico". Agregaremos algunos argumentos a favor de ello, comparándolo sobre todo con la posición que considera los derechos humanos como derechos morales (*moral rights*) en la filosofía analítica. Y terminaremos con unas breves conclusiones.

II. Fundamentación filosófica

¿Por qué buscar una fundamentación filosófica a los derechos humanos? Muchos dicen que esto es una pérdida de tiempo, que lo que en verdad urge y ha de hacerse es positivarlos y proteger su cumplimiento. Pero algo que nos mueve a buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos es la misma hambre filosófica que nos mueve a buscarlos para otras cosas, es decir, nuestra inclinación a cuestionar e inquirir la razón suficiente de los seres y, en este caso, de los derechos y las leyes que admitimos.[2] Y si tenemos una actitud filosófica exigente, no nos bastará una fundación puramente pragmática o utilitaria, es decir, cerrar el caso diciendo que son algo benéfico para el ser humano, y ya. Iremos hasta la razón suficiente más íntima, que estará enraizada en la ética o

[2] Es lo que plantea E. García Máynez en su trabajo "El derecho natural y el principio jurídico de la razón suficiente", *Ensayos filosóficos jurídicos, 1934-1979*, México, 1984, pp. 217-224.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

filosofía moral, en la epistemología y en la metafísica misma, según los niveles de profundidad que nos exijamos en nuestra tarea de fundamentación filosófica (pues todos ellos son aspectos y ramas de la filosofía).

Otros han dicho que no hay que buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos porque no hay tales fundamentos, como se ve en el espíritu del tiempo (la llamada "posmodernidad"), que nos ha mostrado que nada se puede fundamentar en los apoyos que buscaron afanosamente los filósofos modernos, como Descartes, Malebranche, Leibniz, Locke, Hume, etcétera. No hay ni fundamento racionalista ni empirista; no se encontrará ni en los primeros principios de la razón ni en los hechos básicos de la experiencia. Lo que proponen es aceptar los derechos humanos porque sí, o darles, en todo caso, una aceptación débil, condicionada a sus resultados pragmáticos. Pero también podemos darnos cuenta de que posturas así, como algunas posmodernas, rayan a veces en lo gratuito y lo irresponsable. Irresponsable, porque parecen decirnos que hemos de luchar y defender ciertos derechos aunque no existan, precisamente por carecer de razón suficiente de su existencia. Nada vale alegar la fiesta o el carnaval del discurso ni la desontologización y hermeneutización o pragmatización de la filosofía, porque (llegamos siempre a lo mismo) los relativismos nunca llegarán a los derechos humanos. Éstos suponen y requieren la superación o sobrepujo del relativismo, y alcanzar algún tipo de universalidad, y algún tipo de necesidad o absolutez. Si no, se hunden en el vacío.

¿Y qué posibles fundamentos filosóficos hay para los derechos humanos? Tradicionalmente, quienes se han dado a la tarea de ofrecer tal fundamento a estos derechos han oscilado entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Se han propuesto varias posibilidades intermedias, diferentes; pero se ha visto que en definitiva se reducen a alguna de estas posturas clásicas, por carta de más o por carta de menos. El iuspositivismo consiste en fundamentar esos derechos en la sola positivación de los mismos, esto es, en el acto normativo, que los hace formar parte del *corpus* jurídico de un

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Estado; así tendrán una fuerza coercitiva que los haga ser cumplidos y respetados. En cambio, el iusnaturalismo sostiene que la fundamentación de esos derechos está más allá de su positivación, en algo previo a ella, y se pone en la naturaleza humana (la cual, a su vez, es entendida de diversas maneras).

III. El iuspositivismo

Muchos partidarios ha ganado el positivismo jurídico, sobre todo por la sencillez y firmeza de su planteamiento. Tiene varias modalidades, pero lo resumiremos lo más posible. No hay derechos humanos hasta que sean puestos como derechos fundamentales en la Constitución de un país, o en una declaración firmada por varios países (por todos, si fuera posible). En algún momento, Bobbio llegó a decir que, desde su positivación en la Declaración de la ONU de 1948, la fundamentación filosófica de los derechos humanos había dejado de ser problema.[3] Estaban fundamentados en el consenso y las firmas de los países que la suscribían. Y si se iban descubriendo nuevos derechos humanos, bastaría con que se fueran incorporando a esas legislaciones. No negaremos que es necesaria y urgente la positivación de los derechos humanos, y que vayan creciendo y engrosando las cartas magnas de los diversos países, o en las que acceden a firmar entre varios de ellos.

Sin embargo, no parece que ahí termine el asunto. El peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar el servicio de un individuo o grupo. Y si viene otro positivador, podrá positivar leyes injustas, o podrá despositivar estos derechos, sin que encontremos algún recurso que oponerle, ni siquiera de tipo moral, que se dirija a la conciencia, como es el de la filosofía. Algunos dirán que esto es un recurso muy magro, y que viene a ser casi un consuelo oponer al tirano, al cancelador o

[3] Bobbio, N., "Presente y fututo de los derechos del hombre", *El problema de la guerra y las vías de la paz,* 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1992, p. 130.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

violador de los derechos humanos, una objeción moral y de conciencia de la cual se reirá seguramente. Pero algo es ya tener una autoridad moral, al ser un escrúpulo molesto que no deje en paz las conciencias, como siempre ha sido la labor del filósofo moral. En todo caso, también hemos visto, y con tristeza, que cuando un país viola los derechos humanos, no hay fuerza autorizada para detenerlos, pues, o bien todos fingen que no están obligados a hacerlo, o hay alguno (uno, muy en concreto) que finge estar constituido como el policía del globo terráqueo, y entonces la situación es peor que al inicio.

Muy claramente Bobbio reconoce que el iuspositivismo tiene la falla de dejarnos inermes frente al que cancela o despositiva los derechos humanos.[4] Por eso se siente uno impulsado a ensayar y pulsar las otras alternativas. Y la otra alternativa es el iusnaturalismo (con varias modalidades, pero que resumiremos al máximo).

IV. El iusnaturalismo

En principio, al iusnaturalismo se le ve el defecto de basarse en algo extrajurídico, a saber: la naturaleza humana. Da la impresión de que los llamados derechos naturales no son derechos, pues sólo es derecho lo que es creado de manera positiva y normativa. En concreto, tales derechos naturales no son como los derechos positivos, que tienen una instancia coercitiva que los haga cumplir. Estos derechos naturales sólo tienen como instancia que los haga valer una coerción moral: la buena conciencia y, en definitiva, la buena voluntad de los seres humanos. Pero eso es difícil de conseguir.

Tales derechos naturales, además de no parecer derechos, tampoco parecen naturales, ya que dicen basarse en la naturaleza

---

[4] *Cfr. El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 228, donde habla del iuspositivismo como ideología.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

humana, y no parece haber naturalezas, pues desde una postura nominalista o antiesencialista, es desechada. Pero esto podría subsanarse de manera no tan difícil, ya que en la actualidad han vuelto las posturas esencialistas, sobre todo en la filosofía analítica, y los teóricos de la posmodernidad que adoptan el antiesencialismo y el relativismo marchan en retirada, o dan razones tan débiles que no se pueden tomar en cuenta; y si tampoco aceptan razonar (ni dar ni aceptar razones), ellos mismos se excluyen de todo cognitivismo, y se salen del diálogo discursivo o racional.

Pero, aun aceptando que de alguna manera se pueda invocar una naturaleza humana, queda el problema de cuál es la que se va a establecer. Se han propuesto tantas a lo largo de la historia, y tan diferentes, que eso parece acabar con su existencia, es su mejor refutación. Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, etcétera, han tenido las más diversas ideas del hombre. Si se juntaran, de todas saldría un monstruo de contradicciones. Con todo, el disenso acerca de un objeto no implica necesariamente que el objeto no exista. El que no haya acuerdo en moral, y haya tantas escuelas éticas no cancela la posibilidad de que haya filosofía moral. Más bien hay que buscar cuál es la idea de hombre que se puede defender más que las otras, sus rivales. Inclusive se puede pensar en que dos o tres teorías acerca del hombre se acercan y se pueden hacer compatibles, son verdaderas y complementarias; pero por supuesto no todas. Hay que hacer una criba, y atender a lo que la experiencia histórica y la capacidad de abstraer que tiene el hombre le digan aproximadamente lo que es él mismo.

Se puede, pues, postular una naturaleza humana. El contenido que desde Aristóteles se le ha dado es el de animal racional. Y esto parece insuficiente, demasiado formal, ya que tendremos que discutir qué se entiende por racionalidad, qué tiene la razón como contenido material. Sobre todo se ha visto que tiene que ser una racionalidad ética, como han insistido Apel y Habermas. No basta una racionalidad sin más, pues ésta puede tomarse

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

como razón maquiavélica, o puramente fría y estratégica, interesada e individualista, o instrumental, como llama el discurso habermasiano. Tiene que ser una razón ética, animada por el deseo del bien común, del bien, no sólo individual, sino del de los demás. De otra manera no se podrían garantizar los derechos humanos, como se encargó de señalarlo Ernst Bloch.[5]

Pero, aun cuando se llegue, así, a una naturaleza humana, centrada en la racionalidad (Adela Cortina llama a las posturas de Apel y Habermas "iusnaturalismo procedimental",[6] esto es un iusnaturalismo formal o de la razón sola), vemos que necesita ciertos contenidos materiales o axiológicos, no puede ser tan formal. Y aquí viene el impulso hacia la vida, hacia la integridad personal, hacia la procreación, hacia la educación de la prole, y hacia el cultivo del espíritu o cultura. Sólo de esta manera se podrá dar un contenido más explícito y aceptable a lo que se ve como naturaleza del hombre.[7] Tal vez se tenga que discutir acerca de esos contenidos: la vida, la cultura, etcétera, pero ya será sólo para explicarlas y aclararlas, no para postularlas.

Pues bien, otro reparo u objeción que se hace al iusnaturalismo es que, al basarse en una naturaleza humana, y determinar en ella las necesidades y las aspiraciones del hombre, puede englobar como en un sistema cerrado a los seres humanos, y declarar no hombres a los que no se plieguen a esa definición, por no caber en ella o no aceptarla. Pero esto sólo ocurriría si se mantuviera una idea completamente cerrada y excluyente

---

5 Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana,* Madrid, Aguilar, 1980; Habermas, J., "Derecho natural y revolución", en el mismo, *Teoría y praxis,* Buenos Aires, Sur, 1966, pp. 59 y ss.

6 Cortina, A., "Una teoría de los derechos humanos", en la misma, *Ética sin moral,* Madrid, Tecnos, 1990, p. 245.

7 En esta postulación de un contenido material a la ética, y no sólo una ética formal, coincidimos con Enrique Dussel, que propone la producción y la promoción de la vida. *Cfr*. Dussel, E., "Ética material, formal y crítica", *Coloquio de Filosofía* 1997, *Teoría crítica, liberación y diálogo intercultural. Encuentro con Karl-Otto Apel,* México, UIC-UAM, 1997, p. 20.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

de la naturaleza humana, no si se tuviera una que no fuera reduccionista, aunque tampoco tan abierta como para que se desdibujen sus contornos. O se puede temer que, por excluir los cambios en la naturaleza humana, no se adapte a las vicisitudes históricas del hombre y sea tan universal que olvide las peculiaridades de los individuos. Tal objeción se puede superar, a condición de que la noción del hombre no se le exija que acepte todo, sin límites; justamente son los límites los que constituyen una definición. Se preguntará: ¿y quién impone esos límites? Se ponen de manera a posteriori, por la experiencia y la reflexión (ni siquiera de manera sintética a priori, como quiere Apel y Habermas). Se atiende a la experiencia que da la historia, la cual ya es bastante, y se extrae por una abstracción reflexiva lo que ella decanta acerca del ser humano. Este es el gran problema que tiene el iusnaturalismo. ¿Cómo seguir siendo iusnaturalistas si admitimos adaptaciones, y cómo seguir siendo justos si no se adapta a los movimientos históricos del hombre?

V. Iusnaturalismo analógico

Para resolver este dilema es que deseamos proponer una clarificación epistemológica y ontológica. Se puede plantear un iusnaturalismo analógico, esto es, que no tenga el univocismo de los iusnaturalistas modernos, sobre todo racionalistas, que son los más temidos y a los que más les cuadran las objeciones que corrientemente se dirigen al iusnaturalismo; pero que tampoco tenga el equivocismo que caracteriza a los relativismos al uso, en los cuales se quieren justificar hasta las perversiones, y donde ya no cabe ni siquiera la noción de derechos humanos.

Un iusnaturalismo analógico tiene una universalidad diferenciada, esto es, trata de no perder la advertencia de las condiciones particularizantes de la situación, de las circunstancias; trata de dar cuenta de las diferencias, de no lastimarlas en lo que sea posible. Con todo, nunca renuncia a universalizar. Guarda y

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

preserva la suficiente universalidad como para señalar de manera clara qué cosas son moralmente admisibles y qué actos son intrínsecamente malos. No nos espantemos ante esta idea de actos que son moralmente malos en sí mismos. Ciertamente es difícil señalar valores absolutos, pero al menos se pueden señalar maldades absolutas. Un ejemplo que es frecuentísimo en la literatura reciente es el señalado por Adorno: Auschwitz. Y así hay otros más. Un iusnaturalismo analógico escapa a la dispersión y permisividad del equivocismo, pero también evita la homogeneización del univocismo. Esto último lo logra con una aplicación del derecho de manera muy ponderada al caso concreto (es donde intervienen la *phrónesis* y la *epiquía*), pero sigue siendo universal (análogo), porque la idea que se maneja resulta una instancia paradigmática o icónica de lo que debe ser el hombre, esto es, se aplica de manera analógica y dinámica un icono de la naturaleza humana. Por eso es un iusnaturalismo, además de analógico, icónico (en el sentido de Peirce).[8] Es como lo que Bartolomé de las Casas aplicaba al indígena para reconocerlo como otro, pero buscando los límites de la apropiación; aceptación de la diferencia, pero diferenciada ella misma; reconocimiento de la alteridad, pero en la semejanza.[9]

En relación con la historicidad y la mutación, un iusnaturalismo analógico admite cierta variación o cambio. No ciertamente en esos principios básicos que lo constituyen como núcleo, sino en los principios rectores de la aplicación, esto es, en las cosas que hay que añadir y modular. Pues, en efecto, el derecho natural tiene principios o preceptos que guardan jerarquía. Hay analogicidad entre ellos, esto es, orden de primarios y secundarios. Los preceptos primarios son unos pocos, relativos a las modalidades de la vida y su promoción, a los que ya hemos aludido, y éstos

[8] Para una amplia exposición del signo icónico en Peirce, *cfr.* Sebeok, T. A., *Signos: una introducción a la semiótica*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 95-106.

[9] Beuchot, M., *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas,* Barcelona, Anthropos, 1994, pp. 63 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

no se pueden cambiar ni negociar ni transigir. Pero hay otros que son las concretizaciones de éstos, y ellos sí pueden ser mejorados y adaptados a las circunstancias particulares del momento histórico. Por ejemplo, la calidad de vida exige ahora muchas más cosas que hace dos siglos; pero siempre tendrá como límite aquello que haga al hombre salir de su propio cultivo intelectual, de la cultura que lo identifica como ser racional. La calidad de vida que nos trae la globalización puede no ser lo más deseable para el hombre. Siempre se buscará el bien del individuo humano, que es lo que se intenta al buscar el bien de la especie humana, de la naturaleza misma del hombre.

En todo caso, en tan importante la prudencia y la epiqueya en la aplicación del derecho, que es como si se adaptara a la situación histórica de los propios principios o normas. Es una segunda legislación, por así decir, ya que es muy difícil e importante aplicar el derecho a la situación o circunstancia de una manera adecuada.[10] Sin ello, se cometerá injusticia incluso al aplicar el derecho establecido. Es, otra vez, el principio de la analogicidad, que busca la aplicación no unívoca, sino diferenciada, de los principios y las normas. Cada norma será una invitación a cumplir de manera paradigmática e icónica el bien que se desea alcanzar. En este caso, la persona es la que cumple y aplica (sea como legislado, o como legislador o juez) esas normas y derechos de manera responsable y madura, con las diferenciaciones o distingos que sean del caso; pero nunca de manera equivocista y laxa, de modo que también se venga a cometer injusticia. Esto nos enseña, a su vez, que la misma justicia es analógica; que si queremos aplicarla unívocamente, igualando sin más a todos, esto es, sin atender a sus circunstancias concretas, se cae en la injusticia; y, de manera semejante, si se quiere aplicar equívocamente, con privilegios infundados o con laxitudes solapadoras, también se incurre en lo injusto.

---

[10] En esta idea de un iusnaturalismo histórico coincidimos con Torre, Rangel, J. A. de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas,* México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1992, pp. 197 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Además, un iusnaturalismo analógico retiene las ventajas del positivismo como método, a saber: la búsqueda de una instancia coercitiva que mediante la positivación haga cumplir los derechos humanos. Pero trata de evitar el exceso en el que puede incurrir el positivismo, a saber: el imponer una ley injusta. Sólo podrá cumplirse cuando el desobedecerla traiga mayores males, y entablando o siguiendo un proceso en el que se la critique y se busque su cambio o derogación.

VI. Algunos argumentos a favor del iusnaturalismo analógico

Igualmente, podemos caracterizar nuestro iusnaturalismo analógico (e icónico) por lo que respecta a la función o los efectos que produce en el Estado o en la ley. A eso nos ayuda Bobbio, quien habla del iusnaturalismo y del iuspositivismo viéndolos a ambos bajo dos aspectos: como método y como ideología (entendiendo "ideología" como doctrina iusfilosófica sustancial); lo más interesante es verlos como ideologías, y así es como Bobbio los ve. Bajo esa perspectiva, resultan cuatro modalidades de los mismos, dos extremas y dos medias. Así, la ideología iuspositivista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas, esto es, aunque se muestren injustas (obediencia activa); la ideología iuspositivista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas porque la legalidad, por sí misma, garantiza el valor del derecho en el orden y la paz (obediencia condicionada); la ideología iusnaturalista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en la medida en que sean justas, además de válidas, y cuando no lo son se las puede desobedecer (desobediencia activa); la ideología iusnaturalista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas aun cuando sean injustas, salvo en caso extremo (desobediencia condicionada u obediencia pasiva).

Mientras que las dos posturas extremas son opuestas, las moderadas son convergentes, y tienden a resaltar el valor de la le-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

galidad.[11] Como puede verse, nuestro iusnaturalismo analógico-icónico coincide con el iusnaturalismo moderado de Bobbio, el cual puede compatibilizarse —como cree él mismo— con el iuspositivismo moderado, que pone como prioritarios el orden y la paz. De acuerdo con ello, a ese iuspositivismo moderado, que busca el orden y la paz, puede corresponderle un iusnaturalismo moderado, según el cual una ley injusta puede ser desobedecida, pero sólo en el caso de que esa desobediencia no lleve a una situación peor que la que se produciría en caso de atenerse a ella; esto es, cuando lleve a romper ese orden y esa paz que se procuran. También puede verse que la ética o moral está presente y actuante junto al derecho, pues precisamente una ley injusta lo es de acuerdo con una moral; esto es, se toma como una ley inmoral, y por eso debe ser señalada y combatida. Pero la misma ética o moral obliga a no oponerse a esa ley cuando el orden y la paz van a sufrir con ello mayor detrimento.

El propio Bobbio dice que el iusnaturalismo ha sido visto como una iusfilosofía de acuerdo con la cual el derecho surge de la razón (*ex imperio rationis*),[12] en tanto que de acuerdo con el iuspositivismo el derecho surge de la voluntad (*ex ratione imperii*).[13] No se puede negar que éste es el cambio que se dio con el nominalismo y la modernidad: para Santo Tomás la ley surge de la razón del legislador, en tanto que para los ockhamistas o nominalistas (medievales y modernos) surge de su voluntad. Así, el iusnaturalismo resalta la razón, y el positivismo la voluntad. El peligro en el primero es restar eficacia a la ley, y el peligro del segundo es que la ley pueda ser arbitraria y hasta atrabiliaria. Pero se puede evitar esto último sin perder las ventajas de lo primero, a saber: postulando un derecho basado en la razón y en la justicia que sea efectivo.

---

[11] Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico,* México, Fontamara, 1991, pp. 79 y 80.

[12] Por el imperio de la razón.

[13] Por la razón del imperio.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Pero también tiene razón el mismo Bobbio cuando dice que, a pesar de que se ha querido ver al iusnaturalismo como el defensor de la razón y la justicia en contra de los poderes del Estado en vistas a evitar los absolutismos, históricamente no siempre ha sido así; y que, a pesar de que se ha querido ver al iuspositivismo como exaltador de los poderes del Estado, no siempre ha sido de esa manera. Por ello, lo que le parece mejor es buscar la coincidencia —lo cual nos parece bien, en el espíritu de Nicolás de Cusa— de estos dos opuestos en sus formas moderadas, a las que ya hemos mencionado. De él mismo dice:

> Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela… "depende". Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ente el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en o que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.[14]

Nos parece bien esta prudencia que Bobbio aconseja, para conjuntar en uno los aspectos más aprovechables del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Por eso proponemos un iusnaturalismo analógico. Ciertamente es un iusnaturalismo, pero no incurre en las dificultades que se le atribuyen; en efecto, no ve como sistema cerrado la naturaleza humana, pues desde su analogicidad procurará ser atento a las diferencias entre los hombres; ni tampoco quita la normatividad, pues aunque exige la ley justa, no privará de obediencia a la ley injusta más que en los casos extremos, y cuando el desobedecer no sea peor que el obedecer; ni se cegará ante el proceso de la historia, pues con la prudencia y la epiqueya tendrá que ser muy cuidadoso de las circunstancias históricas o con la situación concreta.

---

[14] Bobbio, N., *op. cit.,* p. 89.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Este iusnaturalismo analógico-icónico entrará en lo que Bobbio ha denominado iusnaturalismo moderado o mitigado, que integra los beneficios del iuspositivismo también moderado, pues desea la positivación de los más derechos humanos que se pueda. Este iusnaturalismo analógico ve al derecho natural como un conjunto de principios y normas de tipo más bien ético y moral; esto es, no como una ley en el sentido coercitivo, de que tenga un órgano punitivo, sino en el sentido moral o directivo, de que tiene capacidad para aludir a la razón y a la conciencia de los hombres. En este sentido, parece acercarse también a la idea de derechos morales (*moral rights*) de algunos teóricos pertenecientes a la filosofía analítica, como Ronald Dworkin, Eusebio Fernández y Carlos Santiago Nino. Para estos autores, tales derechos son independientes de su positivación, aunque estén positivados, y tienen más fuerza moral que coercitiva o propiamente jurídica. Por eso estos derechos morales han sido considerados como derechos naturales por sus críticos iuspositivistas. De hecho, Javier Muguerza ha llamado iusnaturalista velado a Eusebio Fernández, y lo mismo ha hecho Roberto Vernengo con Carlos Santiago Nino.[15]

VII. Conclusión

Como conclusión, podemos decir que hemos abordado un dilema moral, ya que es el lado moral de los derechos humanos, a saber: el de su fundamentación filosófica, que es moral, más que filosófico-jurídico. El dilema que se presenta es el de fundarlos en el iusnaturalismo (con sus inconvenientes) o en el iuspositivismo (con sus inconvenientes). Hemos tratado de abordar el dilema superándolo mediante la adición de una alternativa viable, como era la

---

15 Muguerza, J., "La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", en Muguerza, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate, 1989, p. 25; Vernengo, R. J., "Los derechos humanos y sus fundamentos éticos", en *ibidem*, p. 339.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

costumbre y la ley en los antiguos lógicos: entre un dilema o *cornuto* —como se llamaba al silogismo que lo contenía, pues eran como dos cuernos las dos alternativas del dilema— había que romper uno de los cuernos, partirlo en dos presentando una nueva alternativa, la cual no se veía, por lo reduccionista del planteamiento originario. Así, entre esos dos cuernos extremos y amenazadores, se trata de saltar, a la torera, la embestida asesina partiendo el cuerno más débil, el del iusnaturalismo, y añadiendo a partir de él una alternativa nueva, la del iusnaturalismo analógico, que permita salvarse de la cornada que se avecinaba. Esperamos haberlo logrado.

En síntesis, nos hemos planteado el dilema moral de fundamentar los derechos humanos en el iusnaturalismo (con el riesgo de anquilosarlos, estratificarlos, endurecerlos; en suma, por imponer una definición del hombre que parece cerrarlos) o en el iuspositivismo (con el riesgo de dejarlos tan abiertos que quedarían a merced del tirano, el que podrá cambiarlos a su antojo o aun cancelarlos, pues lo que únicamente se basa en su positivación carece de sustento cuando se procede a despositivarlos). Hemos intentado resolver este dilema moral escapándonos de esas dos alternativas, y planteando otra, que fue nuestra propuesta. Una postura en la que el fundamento es la naturaleza humana, pero entendida no unívocamente, sino de manera analógica; esto es, dando cabida a lo particular, a lo histórico, al cambio, pero no en lo fundamental, sino por la atención cuidadosa a las contingencias de su aplicación, de modo que intervenga la *epiqueya*, o diferenciación en el cumplimiento de los derechos y leyes, y la *phrónesis* o prudencia que ve lo universal en lo particular, de modo que se llegue a una jurisprudencia de los derechos humanos, pero sin renunciar a su universalidad y firmeza.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo segundo

DERECHO Y MORAL EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Planteamiento

Las relaciones entre el derecho y la moral no siempre han sido cordiales. Lo fueron en la antigüedad, en la Edad Media y en parte de la Edad Moderna; pero ya en la Edad Moderna, y sobre todo en la Contemporánea, no fueron tan buenas. Creemos que deberían serlo, dentro de una tradición que ha abogado por su distinción, pero que también ha buscado conexiones fructíferas que puedan darse entre ellas.

No se trata de confundir derecho y moral, cosa que muchos tratan acertadamente de evitar, y por eso llegan a temer cualquier tipo de relación entre los dos. Se trata de preservar su distinción; pero, sin perderla, esforzarse por aclarar las relaciones benéficas que se pueden dar entre ellos (por ejemplo, esclarecer el problema de si una ley inmoral puede ser ley jurídica). Una de las corrientes que lucha por desvincular la ética y la moral ha sido el positivismo jurídico, sobre todo con el argumento de que se comete la famosa *falacia naturalista*.

Examinaremos sus puntos de vista, para hacer ver que no sólo esa acusación de falacia ha sido desechada y superada, sino que aun se ha llegado a buscar, en el seno del positivismo, en algunos de sus cultores, esas relaciones válidas y útiles entre derecho y moral, cosa que señalaremos al final de este trabajo. Comenzaremos con el alegato del positivismo jurídico en contra de la vinculación del derecho con la moral.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

II. La separación del derecho y la moral

El positivismo surge de la búsqueda de una ciencia entendida como cálculo; da la primacía a la razón calculadora, y así se quiere una ciencia jurídica como las ciencias exactas. Es la eclosión de la modernidad. Se creyó que eso era el progreso. Que se llegaría al hombre realizado y libre. Pero —como señala Jesús Ballesteros—[16] la modernidad también produjo el estatalismo, o politicismo, en el que el derecho pasa a servir al Estado, a la política, y el hombre queda a merced del gobierno.

Eso es lo que desembocó en el positivismo jurídico, ya que sólo es injusto lo que es contrario a la ley, y la ley la hace el Estado (Maquiavelo, Hobbes, Locke); el hombre es sólo un ciudadano (Hegel). También la modernidad produjo el economicismo; el hombre es un burgués o un proletario, un *homo faber*. La libertad económica llega a quitar la libertad política, pues el derecho servirá a la clase, concretamente a la burguesía. En el fondo es la defensa de los propietarios (Hume, A. Smith). Además, el utilitarismo apoya al positivismo jurídico, como se ve en Bentham y Austin.

> En resumen, puede decirse que la escisión entre en *ser* y el *deber ser*, base de todo el positivismo jurídico, de inspiración formalista, en la línea que va de Bentham a Kelsen, pasando por Austin y Holmes, tiene en última instancia su inspiración en el empirismo de los autores ya citados, desde Maquiavelo a Hobbes, según el cual hay que limitarse a entender al hombre como es de hecho, dejando a un lado los ideales acerca de cómo debería ser.[17]

Se separa, así, la moral del derecho, porque la moral tiene que atender al deber ser, y sólo se puede atender al ser. Esta separación ocurre, creemos, desde los nominalistas, que anteceden

---

[16] Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, pp. 30 y ss.

[17] *Ibidem*, p. 42.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

al empirismo inglés. Todos ellos fomentan la falacia naturalista, que desemboca en Hume.

En efecto, la mayoría de los modernos quieren tratar el derecho como juicio de hecho y no como de valor. Separan el derecho de la moral. La ley no necesita ser justa, sino que basta con que esté positivada por el Estado. Hay un voluntarismo: la ley no depende de la razón, sino de la voluntad (Hobbes, Austin, Kelsen). El derecho es una técnica aplicada a la sociedad (Roscoe Pound, Kelsen, Bobbio); está basado en la coacción, de modo que depende de la fuerza (Ihering, Holmes); es la violencia legítima (Max Weber, Alf Ross). Por eso Bobbio ha querido evitar el Estado gendarme, de la burguesía, y recuperar su función directiva o promocional. Pero esto implicaría rebasar la falacia naturalista y aceptar la injerencia de la moral en el derecho.

III. La acusación de la falacia naturalista

La falacia naturalista (Hume, Moore) lleva a la *Wertfreiheit* de Weber, la ciencia jurídica tiene que estar libre de valoración. Recorre a la modernidad el deseo de un "cierre jurídico", *more geométrico*, lo cual se ve desde Grocio, Pufendorf, Leibniz, hasta Windscheid, Merkel o Bergbohm-Weber-Kelsen. Adopta el método empirista con el formalismo. Oscila entre lo material y lo formal extremados. Es lo que se da en las escuelas "realistas"; unas son psicologistas, como la del norteamericano J. Frank y la de los nórdicos Hagerstrom y Olivercrona; y otras son sociologistas, como la del francés Duguit, la del alemán Ehrilich y la del escandinavo Ross.

Por eso Bobbio quiso conciliar los dos extremos: la ciencia jurídica es a un tiempo formal y empírica; lo primero, cuando conceptualiza, cosa que toca a la teoría general del derecho; lo segundo, cuando interpreta y aplica las normas; de ahí que sea comprensible que Bobbio hay ido mitigando su iuspositivismo,

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

criticándolo en cuanto a la ciencia jurídica,[18] aunque lo retiene en otros muchos aspectos.

Veamos cómo se ha enjuiciado la falacia naturalista. Según Norbert Hoerster, para inferir un juicio normativo de uno descriptivo se puede usar una definición o análisis del significado. Por ejemplo: "La acción x es nuestro deber", la cual puede equivaler a "La acción x nos ha sido ordenada por Dios", y de ahí podemos pasar a decir que "La acción x se prescribe".[19]

Moore, en 1903, se opone a esto, pues para él lo bueno no puede definirse; es un concepto normativo básico. Sobre todo, no puede definirse con un concepto descriptivo. Además, al ser básico, el concepto de lo bueno no deja lugar a ninguna duda, no requiere ni de descripción ni de análisis. De esta manera, no se puede obtener equivalencia o sinonimia que nos haga pasar de lo descriptivo a lo prescriptivo.

Frankena, en 1939, critica a Moore, por tener una noción de sinonimia muy estrecha, pues siempre cabe alguna ambigüedad. Su rechazo a definir lo bueno descansa en un dogma; y, como se sabe que la división de lo natural en cosas dadas y valores tendrá siempre una clase vacía (la segunda), está cerca de ser una *petitio.*

En seguimiento de Moore, durante los años cuarenta, Ayer y Stevenson insistieron en que los juicios éticos significan algo emotivo. Por eso Toulmin, en 1950, quiso introducir una lógica distinta de la inductiva y la deductiva, a saber: la normativa, la de la ética; pero no se le hizo mucho caso. Más bien se siguieron buscando caminos dentro de la lógica deductiva, para inferir válidamente el *debe* del *es*. De manera cercana a eso, pero en la línea de la metaética, Hare, en 1952, dice que los conceptos normativos tienen en el lenguaje la función de recomendar algo.

[18] En trabajos tales como "Essere e dover nella scienza giuridica", ponencia en el Congreso Mundial de Gardone Riviera, 1967, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto,* 168, pp. 475-486. Hay trad. de A. Ruiz Miguel en Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 201-224.

[19] Hoerster, N., *Problemas de ética normativa,* México, Fontamara, 1992, pp. 14 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

En cambio, J. R. Searle, en 1964, hace la inferencia tratando de explicitar el contenido ilocucionario y perlocucionario de tipo deóntico que se encuentra en las expresiones constatativas. Pasa de los enunciados de promesa a los de obligación. Claro que pone algunas condiciones suplementarias (pragmáticas), pero todas se cumplen.

Posteriormente, Mavrodes y Prior hacen, por adición, una disyunción con un enunciado descriptivo y otro normativo, y de ahí derivan la parte normativa por silogismo hipotético. Pero suena muy artificial, como la paradoja de Bunge.[20]

Por eso es necesario acudir a algo distinto. Hay un tratamiento de la falacia naturalista, que es el de C. I. Massini, que ha sido muy beneficioso para la discusión actual. Massini trata la falacia en sus dos expositores principales, que son Hume y Moore. Hay diferencias de planteamiento, pero en el fondo es lo mismo: no se puede pasar del ser al deber ser, de lo descriptivo a lo prescriptivo, o de lo no normativo a lo normativo. Aunque se referían a la totalidad de sus antecesores, Hume se dirigió en concreto a Samuel Clarke, y Moore, a Sidgwick. Pero ambos incurren en lo mismo o prueban demasiado.

Y hay varias respuestas. Una de ellas es aceptar que es una falacia, pero se niega que se incurra en ella. Así, Fagothey y Finnis dicen que Santo Tomás no cae en ella. Los principios prácticos son evidentes, y no se infieren de los teóricos. Massini reúne un buen número de textos del Aquinate en los que puede señalarse esto. Y aun concluye que los que verdaderamente violan la "ley de Hume" son los propios positivistas, que derivan normas de hechos: sentimientos, usos sociales, la voluntad del legislador o la de la clase dominante, etcétera.

---

20 *Ibidem*, pp. 35-37. La paradoja de la adición es señalada por Mario Bunge, la cual consiste en adicionar mediante disyunción una premisa a otra, y después obtener, por *modus tollens*, lo que se desea. Pero Hugo Margáin señaló que ahí no hay paradoja, sino incorrecciones. Sobre esto véase Margáin, H., *Racionalidad, lenguaje y filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 62-64.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

O'Connor atribuye la falacia a Santo Tomás, pero injustificadamente. En efecto, el Aquinate comienza con el primer principio práctico. Con él, aun cuando se introdujeran premisas descriptivas, está asegurada la carga prescriptiva, que no será extraída ilícitamente. Además, como dice el iusfilósofo austriaco Ota Weinberger, de puras proposiciones normativas no se puede seguir ningún precepto concreto. Y, como —según Öffe— la conclusión sigue a la parte más débil, tiene que seguirse una conclusión deóntica.

A semejanza de Moore, tampoco para Tomás lo bueno es definible. Al menos no en sentido estricto. Es una propiedad trascendental del ser y, por lo mismo, análoga (y lo análogo no tiene definición propia).

En cuanto a los enunciados normativos, Massini sigue a Kalinowski, para quien las normas tienen como significado ciertas proposiciones normativas, son entes intencionales cognoscitivos, *i. e.*, que hacen conocer la realidad. Tienen como referencia o designación ciertos estados de cosas, que consisten en relaciones de obligación o de libertad, relaciones deónticas reales, estructuras deónticas de la realidad, existentes de modo objetivo, sea en un mundo posible o en el actual. Hay algunas que existen por sí mismas entre el modo de ser del hombre y el valor de ciertas acciones, y otras son establecidas por los legisladores. Si el ente real no condicionara, directa o indirectamente, lo deontológico, estaríamos condenados a inventarlo siempre. Pero sólo los entes reales posibilitan relaciones reales en el ámbito de lo deóntico. Interpretamos y encontramos los valores en las cosas. Así recogemos el ser en el deber ser, sin falacia.

IV. Descrédito de la separación derecho-moral

Dentro de la filosofía jurídica positivista, el pensador más influyente ha sido Hans Kelsen (en seguimiento de Max Weber). Kelsen

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

parece tratar de conciliar el formalismo y el empirismo mediante la conciliación de normativismo científico jurídico y análisis sociológico del derecho. Así, a la ciencia del derecho le toca estudiar la norma jurídica, y a la filosofía del derecho, la axiología jurídica. La filosofía del derecho estudia la dimensión axiológica del derecho. Kelsen lo dijo claramente en su respuesta a una encuesta de los *Archives de Philosophie du Droit en 1962:*

> Creo que la filosofía del derecho y la teoría general del derecho tienen idéntica razón de existir. La filosofía del derecho busca responder a la cuestión de saber qué reglas *debe* adoptar o establecer el derecho; en otros términos, su objeto específico es el problema de la justicia. Siendo claro que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el método mismo de esta disciplina. Por el contrario, la teoría general del derecho tiene por objeto *el derecho tal como es,* es decir, el derecho positivo tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y fijar las nociones fundamentales del conocimiento de este derecho.[21]

Estas últimas son consideradas como cosas metajurídicas, no objetivas, sino que expresan intereses y sentimientos. Es ideología; en todo caso, es historia de las doctrinas jurídico-políticas o de la filosofía política. Así lo considera Bobbio (en su obra *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*). Pero, más que cuestiones metajurídicas, son de filosofía del derecho —al modo como en la lógica muchas cosas que se empezaron a estudiar como metalógicas finalmente se aceptaron como de filosofía de la lógica. Se trata de la perspectiva más universal alcanzable en el terreno de lo jurídico—. Y el iuspositivismo ha frenado mucho la riqueza de esta perspectiva. Por eso ha llegado a hablarse de cierta crisis del iuspositivismo.

21 "Respuesta a la encuesta", *APD*, 1962, p. 131.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

V. La crisis de la separación entre derecho y moral

Según Bobbio, la crisis actual del iuspositivismo afecta lo que él llama el iuspositivismo metodológico, no el teórico ni el ideológico; por eso rechaza estos dos últimos, y retiene aquél, como el núcleo fuerte. Es el formalismo jurídico que excluye las consideraciones sociológicas y valorativas. A ese positivismo jurídico se adhirió Bobbio en *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofía del diritto*[22] y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico.*[23] Pero se ve un cambio en 1966, en su intervención en la *Tavola Ronda sul positivismo giuridico*,[24] donde habla de la crisis del principio de la distinción entre derecho que *es* y derecho que *debe ser*, en el cual estriba el positivismo. Acepta que la superación del positivismo se debe a la "naturaleza de las cosas", que salva ese *hiatus*, la idea de principios generales del derecho y la revalorización del papel de los jueces (jurisprudencia), porque donde el derecho se halla en continua formación, los confines de lo que es y lo que debe ser se ven superados.

El positivismo nació como decisión científica, pero detrás de ella hay una exigencia política. Supone la aceptación del *statu quo*. Bobbio mantiene esta crítica en "Essere e dover essere nella scienza giuridica",[25] donde declara que la pretensión de *Wertfreiheit* (o de que el derecho está libre de valoración) es ya insostenible. En su participación en el simposio *Las ciencias humanas en Italia hoy,*[26] habla del descrédito en el que ha caído el positivismo, pues los juristas no usan a los filósofos del derecho (positivistas). Pero de mayor importancia es su trabajo "Dalla struttura alla funzione",[27] donde dice que el positivismo formalista sirve de

22 A cargo de N. Morra, Turín, Librería Universitaria, 1960.

23 Milán, Comunità, 1965.

24 Pavía, 1966, mayo, Milán, Giuffrè, pp. 69-73.

25 En la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* 168, pp. 475-486.

26 *Le scienza umane in Italia oggi*, Bolonia, Il Mulino, 1971, p. 276.

27 En *Nuovi studi di teoría del diritto*, Milán, Comunità, 1977, pp. 14 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

control social y coacción, y, en contra de Kelsen, trata de superar eso y destaca el papel directivo o promotor del derecho. Pasa de la visión estática a la dinámica, en la que comienza a aceptarse una teleología en el derecho. Y esto ya es un atisbo de la conexión de derecho y moral.

Por su parte, también H. L. A. Hart desea conciliar el formalismo y el empirismo, con su distinción entre punto de vista interno (lógico-formal) y punto de vista externo (sociológico), que corresponde a ciencia jurídica y sociología jurídica, según lo trataba Kelsen. Hart, al principio, por ejemplo en *Derecho y moral*, sostenía la separación de los dos órdenes. Pero en *El concepto de derecho* niega que el derecho pueda tener cualquier contenido, y afirma un contenido mínimo del derecho natural, que consta del "no matarás", de la delimitación de las libertades, de la igualdad mínima y del cumplimiento de las promesas (aunque los relativiza a la primacía del principio de utilidad). Acepta como válido el derecho vigente, pero distingue validez amplia (vigencia formal) y validez restringida (que exigiría la adecuación a criterios morales) y rechaza esta última. También disminuye su positivismo —y hasta parece apartarse de él— al aceptar el valor de las normas primarias puramente directivas, lo que le permite salvar el carácter jurídico del derecho internacional, cosa que no podría hacer un positivista fuerte. En "El derecho en la perspectiva de la filosofía. 1776-1976",[28] analiza críticamente a su sucesor en Oxford, R. Dworkin, y señala que en 1776 se abrió una etapa, con un fragmento de Bentham (sobre la legislación), que separaba el ser y el deber ser, y dice que esa etapa está ahora cerrándose y acabándose. El ser y el deber ser vuelven a conectarse. El utilitarismo olvidaba la inviolabilidad de la persona, y es necesario abrir nuevas perspectivas, por lo que estamos al final de una etapa y al comienzo de otra, la iniciada por Dworkin. Hart sigue la misma línea en "Un nuevo desafío al positivismo jurídico".[29]

---

28 En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 33, 1978, p. 317.

29 En *Sistema,* núm. 36, 1980, pp. 12 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

VI. Examen de una objeción a la relación derecho-moral

En un sugestivo libro, Francisco Laporta aborda las relaciones del derecho con la moral.[30] Por supuesto, la relación principal es aquella en la que la moral critica una ley por el hecho de ser injusta o moralmente inicua. Dado que ésa es precisamente la postura del iusnaturalista, Laporta pone una dificultad al iusnaturalista en cuanto a eso. Alguien puede juzgar éticamente un sistema jurídico desde dentro de él o desde fuera de él. Y tanto uno como otro podría hacer su juicio desde una ética autoritaria o desde una ética crítica.

Pues bien, la tesis de Laporta es que el iusnaturalista que sostiene sin paliativos la relación necesaria entre derecho y moral la única visión que puede tener es la autoritaria. Se refiere solamente a un caso:

> ...aquel en el que dicho enunciado es emitido por un *observador* externo sobre una *norma aislada* que satisface los criterios de *pertenencia* a un sistema y es *vigente empíricamente* pero, para las pautas de *moralidad crítica* de ese observador, es inmoral. En este significado decir "Esto es derecho válido pero inmoral" no es en absoluto contradictorio y, por tanto, en este significado *no* hay una conexión necesaria entre derecho y moral.[31]

Si únicamente nos atuviéramos al punto de vista interno, llegaríamos a un relativismo muy extremo, en el que no sería posible enjuiciar moralmente al derecho. Laporta quiere evitar eso, y por ello tiene que aceptar la posibilidad y validez del enjuiciamiento del derecho por un observador moral externo. De hecho, hay que ponerse en el nivel metanormativo, sobre la vinculación moral de un derecho, que es la que conecta derecho y moral.

---

30 Laporta, F., *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995.

31 *Ibidem*, p. 106.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Entonces Laporta dice que el observador externo es el único que puede contrastar una práctica con pautas morales críticas, por no estar implicado en ella, pues el interno sólo conoce la moralidad en la que está implicado y no puede salir de ella (en el momento en que la criticara dejaría de ser interno). Por eso el interno que acepta que hay conexión necesaria entre derecho y moral lo único que dice es que acepta las normas jurídicas como pautas morales válidas; y esto sólo puede referirse a la moralidad posible para él: la crítica. Aquí vemos ya un desliz, pues Laporta nos ha dicho que el observador interno no puede tener una moral crítica, por estar implicado en ella, ya que siempre será positiva o autoritaria. Y es cuando Laporta establece que el observador externo que conecta moral y derecho se refiere a la moralidad positiva, y dice la trivialidad de que siempre que hay un orden jurídico, alguien cree moralmente en él.[32] Pero antes había dicho que el observador crítico es el externo, el único que puede hacer un contraste de pautas morales. Hay algo que no se sigue aquí. Pero veamos. Laporta añade:

> Entiendo por iusnaturalista, precisamente, a alguien que afirma la existencia de esa conexión necesaria o conceptual y que, además, y simultáneamente, la une a la afirmación de que hay valores o pautas morales objetivos y cognoscibles, de tal forma que si el derecho no incorpora de algún modo dichas pautas o valores no merece, en sentido estricto, la calificación de "derecho" o, lo que es lo mismo, a "eso" no le cuadra el concepto o el nombre de "derecho". ¿Dónde estaría situado este iusnaturalista? Me parece que, necesariamente, tendría que alimentar la pretensión de hablar como un *observador externo* y objetivo que afirma la conexión conceptual entre derecho y moralidad *crítica.*[33]

Dice que tal posición es inútil, ya que se encontrarán muchas situaciones que sean justas o moralmente buenas, y no por

---

32 *Ibidem*, p. 113.
33 *Ibidem*, p. 114.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

eso serán jurídicas. Y entonces necesitará algún criterio adicional para reconocer cuáles son las situaciones jurídicas. Allí encuentra Laporta la paradoja: "Resulta que el iusnaturalista propone un criterio fuerte de juridicidad (la justicia, el bien común, etc.) y se ve obligado a apelar a un criterio subsidiario o ulterior ¡precisamente respecto a los componentes básicos de mayor «jerarquía» del sistema!".[34]

Pero aquí hay un *non sequitur* o, por lo menos, una equivocación en la que incurre Laporta. Él describe una situación demasiado abstracta. No se trata de que el iusnaturalista venga únicamente armado con la regla de que todo lo que sea justo deba ser normado jurídicamente; no existe ese "antropólogo jurídico" que llegue así a una cultura distinta y examine de esa manera sus instituciones jurídicas. Recuérdese la situación de un misionero español, por ejemplo Bartolomé de las Casas —que era iusnaturalista— cuando llegó a América, y examinó algunas instituciones jurídicas de los aztecas y las declaró injustas. Primero tuvo que detectarlas o conocerlas como jurídicas y luego aplicó su criterio moral para evaluarlas. A menos que la situación de *insider* y *outsider* se difuminen en el caso de Las Casas, que trató de atenuar la situación de los sacrificios humanos y otras cosas, y, sin embargo, las declaró inmorales y, por lo tanto, según sostenía Santo Tomás, como leyes que se autocancelan. No se ve clara, no, la paradoja de Laporta; ni siquiera en el caso extremo de llegar a una cultura desconocida en la que cueste trabajo discernir qué cosas están normadas jurídicamente y tengan que ser evaluadas moralmente.

Según Laporta, la juridicidad o competencia de lo jurídico sólo podría saberse entonces por recurso a lo formal, no a lo material; esto es, a la autoridad competente que emite las leyes. Por eso agrega:

> Pues bien, si esto es así el iusnaturalista que se ha visto obligado a conceder una dimensión moral a las normas de competencia se

---

[34] *Ibidem*, p. 115.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> encuentra con un severo problema. Había planteado como exigencia para poder hablar de derecho el que las normas cumplieran con un criterio material de justicia y como esto era insuficiente había añadido un criterio complementario de identificación de normas jurídicas a través de normas de competencia: serían *jurídicas* aquellas normas *justas* emanadas de una autoridad, pero no de una autoridad cualquiera, sino de una autoridad moralmente legítima. Y ahora vemos que sus dos criterios no pueden convivir porque las normas de competencia como razones morales "independientes del contenido" y "perentorias" tienden a ignorar precisamente la consideración de la justicia del contenido de las normas de conducta. El criterio material de justicia se ha esfumado y el iusnaturalista se encuentra con que para mantener su teoría de la conexión necesaria entre derecho y moral tiene que hacer descansar la moralidad del derecho en la autoridad que lo crea, y nada más. El derecho sería entonces *moral* porque emana de una autoridad moral, cualquiera que sea el contenido de sus normas. Y esto hace desembocar al iusnaturalismo en una ética del tipo "mandato divino", es decir, le hace desembocar en algo incompatible con una ética ilustrada o crítica: en la idea de que el poder como razón moral perentoria nos ahorra la práctica del debate moral sobre el contenido de las normas.[35]

Pero tampoco esto es verdad. No se ha acudido sólo a lo formal y se ha desechado lo material; pues, aunque el iusnaturalista hable —como hace Santo Tomás— de que sólo es jurídicamente válida una ley que emite la autoridad competente, eso no significa que sólo se deba atender a la autoridad para ver lo que es jurídico, con lo cual se esfumaría la posibilidad de una moralidad crítica, y sólo quedaría la autoritaria o positiva. En efecto, el que algo tenga que ser emitido por la autoridad competente y moral para ser ley es sólo condición necesaria, pero no suficiente; precisamente para que sea suficiente tiene que ser moralmente justa. Una autoridad moral, por definición, ¿cuál es? Sólo se puede ver si es moral por las leyes que emana. Hay incluso autoridades que

35 *Ibidem*, pp. 119 y 120.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

son morales por el origen, pero pueden volverse inmorales por el desempeño, por su actuación jurídica.

Se da, pues, una revisión reflexiva y a posteriori de la moralidad de la ley, y no como la que imagina Laporta, que es inexistente. En efecto, el iusnaturalista revisa lo que es tenido como jurídico, y después ve si en verdad es moral; y no, como él supone, sólo lo que sea vigente y moral es visto por él como jurídico y después evaluado para ver si es tal. Eso ciertamente sería redundante. Pero ha fabricado artificialmente una situación que atribuye al iusnaturalista, y que no es el caso.

VII. Necesidad de la vuelta al derecho natural como fundamento ontológico del derecho

Según Ballesteros, hay dos movimientos que han influido para volver la vista al iusnaturalismo: la filosofía jurídica de la "naturaleza de la cosa" y la rehabilitación de la filosofía práctica. Además, el que se ha recuperado es el iusnaturalismo aristotélico-viquiano. El iusnaturalismo de Aristóteles y de Vico tienen un carácter más práctico o prudencial (fronético) que el racionalista, y por ello está más abierto a la historia; y quita el dualismo de órdenes normativas natural y positivo.

Para Aristóteles, en efecto, hay una justicia natural, pero es variable; por ello tiene primacía la *epikeia* en el orden jurídico. Lo equitativo es mejor que lo justo, pues la equidad rectifica la justicia legal. Dada la índole de las cosas prácticas, en ellas no se puede usar igual la ley universal, tiene que fallar en algunos casos. Esa posibilidad de fallos hace atender a las circunstancias. Ahora bien, la *frónesis* apoya a la *praxis,* como la *techne* a *la poiesis.* Tanto Gadamer como Habermas reconocen que la ética aristotélica pasaba directamente a la praxis, a diferencia de lo que sucede de Hobbes en adelante.

Pero, a pesar de que no se puede aplicar sin más la ley universal, las leyes siguen rigiendo, sólo que se aplican prudencial-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

mente. Es la aplicación, no la ley, la que es prudencial. Aunque los principios tienen carácter histórico, no por ello se vuelven meramente discrecionales; oscilan entre la necesidad y la historicidad. Su historicidad no impide que sean incuestionables, y son cuestionables sin que se vuelvan convencionales. Este planteamiento de la ley puede dar cuenta a un tiempo de la regla y de la excepción, pues la *frónesis* se encarga de buscar la verdad práctica, tanto la de la regla como la de la excepción. Por ese carácter doble, que ve lo necesario y lo contingente, evita el escepticismo *y* el relativismo morales. Bien dice Jesús Ballesteros: "El derecho natural no pretende en modo alguno ser un orden jurídico distinto y separado respecto al derecho positivo, sino que no es otra cosa que la raíz del único orden jurídico".[36] No hay dualismo de órdenes (natural/positivo), sino que son uno y el mismo. Pero el natural es como la raíz y el positivo el tronco, lo implícito y lo explícito, lo originario y lo derivado, lo permanente y lo contingente. "Desde esta perspectiva, lo que ha dado en llamarse «concepción no normativa del derecho natural» puede considerarse como dominante no sólo dentro del panorama de la filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también dentro del pensamiento clásico".[37]

Es lo que supo ver Radbruch. Se niega el carácter normativista del derecho natural en los no racionalistas; y va junto con la afirmación de la prioridad ontológica de la vida humana. El derecho natural es simplemente un conjunto de principios generales, y no un sistema jurídico cerrado que se puede aplicar sin mediación a la situación concreta.

El aristotelismo ha dado al iusnaturalismo, como lo más valioso, el método; pero en cuanto a los contenidos, el discurso del Estagirita —dice Ballesteros, y estamos de acuerdo con él— está en muy buena parte obsoleto. Lo más valioso es la irreducibilidad del hombre a ciudadano, la dignidad humana como previa a

36 Ballesteros, J., *op. cit.*, p. 106.

37 *Ibidem*, p. 107.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cualquier grupo. Es lo que da el cosmopolitismo, desde el estoico Panecio de Rodas hasta Vitoria o Vico. Aristóteles y el racionalismo lo vuelven a poner en un estado. Hegel es el último iusnaturalista en este sentido estatista.[38] En cambio, Panecio, Cicerón, Séneca, Agustín, Tomás, Vitoria, Vico y Kant van más a la razón.

Otro dato que nos hace pensar en los derechos naturales como relacionando el derecho con la moral es lo que en la filosofía analítica del derecho se ha llamado "derechos morales" (*moral rights*), y que están muy cercanos a los derechos naturales. Inclusive, Hart reconoce que hay

> ...principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre.[39]

Reconoce que ese contenido tiene cinco puntos: 1) con base en la vulnerabilidad humana, se da el no matarás; 2) la igualdad aproximada, como control de desigualdades; 3) el altruismo limitado, como control de la agresión; 4) recursos limitados, como control del reparto, y 5) comprensión y fuerza de voluntad limitados, en vistas a coercionar para la colaboración. Además, dice que se puede usar la palabra "derecho" (como en "derecho natural") sin que tenga un poder compulsivo; basta que tenga un poder razonable, como se usa la expresión "derecho internacional" para aludir a un sistema que no tiene ninguna coercitividad.[40]

Otra cosa en la que se ve que las nociones de derechos naturales o de derechos humanos se dan en la relación del derecho con la moral es lo que atestigua Michel Villey, quien dice que el

---

38 Bobbio, N., "Hegel y el iusnaturalismo", *Diànoia*, núm. 13, 1967, pp. 55-78.

39 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho,* 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 238 y 239.

40 *Ibidem*, p. 246.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

derecho natural clásico está vinculado a la noción de justicia.[41] Santo Tomás define el *ius* o derecho como lo que es justo (*id quod iustum est*) y como el objeto de la justicia (*obiectum iustitiae*). Por eso la finalidad del jurista era el servicio de la justicia. El mismo arte jurídico consiste en descubrir la solución justa. Y la justicia tiene como fin dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). La justicia es "ante todo una obra intelectual (antes del estadio ulterior de la ejecución), busca determinar una relación, la relación conveniente entre las cosas distribuidas entre las personas".[42] La justicia legal es la más propia del jurista, y la que más necesita reglas. Dada esa significación moral del arte jurídico, el jurista es un agente de la moral.

Sin embargo, el derecho no se asimila a la moral, sólo se inserta en ella. Kant separó hecho/derecho. De ahí su fracaso. Y también el de los iusnaturalistas subjetivistas como los neokantianos Stammler y Del Vecchio, junto con "algunos neotomistas demasiado infieles a Sto. Tomás".[43] La clave está en el objetivismo naturalista del Aquinate: "Al método subjetivo que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna, se acaba de oponer otro método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. Henos aquí en el corazón de la doctrina del derecho natural".[44] Es que el mundo circundante no es sólo un orden físico, sino también algo rico en valores.

VIII. Conclusión

No parece, pues, que se puedan separar tan fácilmente la moral y el derecho, en vista de que tampoco se pueden separar nítidamen-

41 Villey, M., *Consideraciones en pro del derecho naturales clásico* (trad. de "Abregé du droit natural classique", *Archives de philosophie du droit,* 1961, por E. Garzón Valdés), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 26.

42 *Ibidem*, p. 31.

43 *Ibidem*, p. 58.

44 *Ibidem*, p. 66.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

te el derecho que es y el derecho que debe ser. Es una variante de la dicotomía, pretendidamente tan tajante, entre el ser y el deber ser o el hecho y el valor. Ya está siendo reducida, y ya no se considera tanto un paso en falso o falaz, según la falacia naturalista. Cada vez más se muestra a las corrientes actuales —por ejemplo a la filosofía analítica y a la filosofía pragmatista— el carácter no falaz de ese paso, como fue claro, por ejemplo, para el aristotelismo y el tomismo. Inclusive muchos iusfilósofos recientes, que tenían grandes reservas o una gran desconfianza frente a ese paso, han acabado por aceptar que es inevitable, y que además lo damos de continuo. Igualmente inevitable se les muestra a muchos, como a Bobbio, Hart y Dworkin, la necesidad de volver a vincular el derecho con la moral.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo tercero

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO NATURAL ¿ES POSIBLE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS NATURALES?

I. Planteamiento

La mayoría de los fenómenos que la realidad nos presenta queremos explicarlos a partir de criterios que calificamos de científicos, de modo que todo nuestro conocimiento pretende alcanzar niveles matemáticos o precisos, convirtiéndose en un conocimiento exacto, o, usando la expresión de Heidegger, en "un pensar calculante", dejando de lado el razonamiento meditativo y reflexivo que caracterizó el pensamiento humano en otro tiempo. Este es el pensamiento que ha identificado a la modernidad desde sus orígenes: la exigencia de exactitud en el conocimiento.

Si esto sucedía dentro del campo de las ciencias de la naturaleza (por ejemplo, la física y la matemática), igualmente acontece en el terreno de las ciencias sociales y, por supuesto, en el derecho. Con razón se ha dicho que "La modernidad aparece allí donde la exigencia de exactitud, presente en el mundo del arte, va a ser inmediatamente copiada en el mundo científico, y va a ofrecerse a continuación como paradigma de toda forma de conocimiento".[45]

En el caso del derecho, la única explicación válida es aquella establecida por la estructura y forma de un sistema normativo, lo que en una cultura legalista generalmente se identifica con el

---

[45] Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia,* Madrid, Tecnos, 1989, p. 17.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

derecho positivo.[46] Afortunadamente esto está cambiando.[47] La pura descriptividad que del derecho se hace desde la ciencia, es decir, la simple composición y comprensión del derecho bajo la fórmula *prescripción-sanción,* no alcanza a dar respuestas satisfactorias a la explicación total de lo que constituye el fenómeno jurídico. Esta descripción, por exacta y científica que parezca, no es suficiente, y hoy va creciendo la necesidad de ir abandonando, o por lo menos replanteando, dicha postura legalista[48] que, entendida y explicada erróneamente, conduciría a verdaderas aberraciones sociales como el nacionalsocialismo.[49]

---

46 Quizá la expresión más acabada de esta visión del derecho en la primera mitad del siglo XX sea la sistematización del derecho que presenta Kelsen fundamentalmente en su *Teoría pura del derecho.*

47 Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho,* 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, *passim*; Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit,* trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, *passim;* Cotta, S.*, ¿Perché il diritto?,* , 2a. ed., trad. de J. Joaquín Blasco, Madrid, Rialp, 1995, pp. 9-30.

48 Fervientes seguidores de esta postura han señalado la estrechez que el positivismo jurídico ha representado para la explicación del derecho. El mismo Bobbio señala: “Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente, el positivismo supone la aceptación del *status quo.* Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista resulta buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar”. “Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo”. Bobbio, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico,* Milán, Giuffrè, 1966, pp. 73 y ss.

49 El nacionalsocialismo constituye sin duda la etapa más oscura de la filosofía jurídica alemana. Los hechos catastróficos que fueron justificados por varios filósofos del derecho alemanes estuvieron siempre presentes a lo largo de todo el conflicto. Después de la toma de poder de los nacionalsocialistas, las violaciones a los derechos humanos fueron incluso aplaudidas.

“Se decía que los derechos fundamentales constituían patrimonio del pensamiento liberal e individualista que en la comunidad del pueblo tan sólo podían tener un valor subordinado. Para los filósofos del derecho nacionalsocialistas los peores enemigos eran el liberalismo y el individualismo, pero naturalmente

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

El presente ensayo tiene como finalidad poner de relieve la concepción que el derecho natural de corte aristotélico-tomista tiene acerca de lo que conocemos como derechos humanos o derechos fundamentales. Advertimos desde ya que en tan poco espacio resulta difícil agotar todos los argumentos que dicho derecho contiene en relación con el discurso de los derechos humanos. Por eso, sólo nos limitaremos a mencionar algunos rasgos que considero los más significativos para el mejor entendimiento de esta postura.

Se inicia el trabajo con la exposición de una serie de documentos históricos protectores de los derechos humanos que parten del siglo XVIII y llegan hasta nuestros días, para pasar después a desarrollar el contenido del derecho natural en sus dos principales corrientes: clásica —en expresión de Villey— y moderna. Finalmente, llegaremos al punto culminante, esto es, explicar la concepción clásica de los derechos humanos.

II. Documentos históricos

El concepto de derechos humanos, o derechos fundamentales, y la teoría de éstos tal y como los entendemos hoy, es una idea propia de la modernidad; estos derechos fueron la más importante conquista de los tiempos recientes, específicamente del si-

también los judíos, el pacifismo, el socialismo y la masonería. En nombre de dicho antiliberalismo y antiindividualismo arremetieron también contra los derechos subjetivos, sobre todo contra los derechos públicos subjetivos, llegándose a hablar incluso de la muerte del derecho público subjetivo. Consecuentemente con esa concepción totalitaria del derecho se muestra también la limitación que se introduce en relación con los conceptos de capacidad jurídica y la cualidad de ser sujeto de derecho; jurídicamente capaces sólo pueden serlo los camaradas del pueblo (*Volksgenossen*), no los extraños como los judíos y gitanos. Con ello se abandona también el principio de igualdad, al que se tachaba asimismo de liberal y de estar atrapado por su origen en la democracia igualitaria de Weimar". Kaufmann, A. y Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo,* Madrid, Debate, 1992, p. 96.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

glo XVIII, y de una visión individualista del derecho propia del iusnaturalismo racionalista.[50] Esta concepción encuentra reflejo claro en la idea de "derecho subjetivo",[51] concepto que entendió a estos derechos como "el reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo en la que no cabe interferencia alguna por parte de la autoridad o de las otras personas, sin consentimiento del individuo".[52]

La formulación de derechos humanos en documentos como la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica del mismo año, y la propia Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dan cuenta de la afirmación arriba hecha. Sin embargo, hay que dejar claro que a pesar de la fuerte influencia que dichas declaraciones recibieron del iusnaturalismo moderno, estos documentos heredaron igualmente concepciones jurídicas del derecho natural clásico. Entre éstas, la más importante para el tema de los derechos humanos es la existencia de derechos preexistentes a las leyes positivas.[53]

La sección 1 de la Declaración de Virginia de 1776 señala: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e

---

[50] "El punto de partida del derecho natural, como ya he indicado, es el individuo independiente y libre, y el derecho fue considerado por los iusnaturalistas como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento, el derecho —valga la redundancia— consiste en *derechos,* ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún *deber".* Carpintero Benítez, F., *Una introducción a la ciencia jurídica,* Madrid, Civitas, 1988, pp. 43 y 44.

[51] Para una visión más amplia del concepto de derecho subjetivo, *cfr*. Villey, M., "Les origines de la notion de droit subjetif", *Lecons d' histoire de la philosophie du droit,* París, Dalloz, 1962, *passim.*

[52] Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia..., cit.,* p. 54.

[53] En general, ésta es una de las principales tesis de este tipo de derecho natural. Considerar que la fundamentación de los derechos humanos se encuentra en este derecho y no en el derecho positivo, y que estos derechos, como derechos naturales, son anteriores y superiores al derecho positivo.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

independientes y tienen *ciertos derechos innatos,* de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad...".[54]

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica del 4 de julio de 1776 señala también:

> Tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que *están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables;* que, entre estos están, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que, para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres los gobiernos...[55]

Finalmente, la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice:

> Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer en una Asamblea solemne *los derechos naturales, inalienables y sagrados el hombre…*[56]

---

[54] "That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety". Hervada, J. y Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos,* 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 26 y 27.

[55] "We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed...". *Ibidem,* pp. 36 y 37.

[56] "Les représemtants du peuple francais, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des maleurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les Droits naturels, inalienables et sacrés de l'homme…". *Ibidem,* pp. 38-40.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

III. Declaraciones internacionales de derechos humanos

Pero no solamente los documentos del siglo XVIII muestran con claridad la característica de estos derechos de ser anteriores a la legislación positiva. También los más recientes documentos internacionales protectores de derechos humanos ponen especial énfasis en dicha preexistencia y en la idea de que estos derechos radican en la propia persona humana, y de ésta, en su dignidad. Así, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 establece en el segundo de sus considerandos: "Que en repetidas ocasiones, los estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".[57]

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece del mismo modo lo siguiente:

> Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas Han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el proceso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.[58]

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del mismo año establecen:

> Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inhe-

---

[57] *Ibidem*, p. 103.

[58] *Ibidem*, p. 138.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

rente a todos los miembros de la familia humana y de sus *derechos iguales e inalienables.*[59]

Y continúa "Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana".[60]

Según podemos resumir de lo descrito anteriormente, cuando se habla de derechos humanos hemos de aceptar que estos derechos son anteriores a los consensualmente establecidos,[61] y que han sido reconocidos en las leyes positivas; es decir, tenemos que aceptar la existencia de estos derechos como derechos naturales preexistentes. Estos no son aspiraciones, buenos deseos o simples intenciones de buena voluntad, como se ha pretendido descalificar a los derechos naturales, sino que son derechos reales que no han sido otorgados por el Estado ni por la sociedad. En este sentido, se puede afirmar, con justificada razón, que "la idea de los derechos humanos es la de unos derechos que, por estar fundados en la dignidad de la persona humana, forman un núcleo objetivo de derechos que no están otorgados por el poder y la sociedad".[62] Es decir, son verdaderos derechos.

Según esto último, la idea clave para entender los derechos es la dignidad de la persona, que radica en una de las nociones básicas del derecho natural clásico: la de "naturaleza humana". ¿Qué es la naturaleza humana y cuál es la corriente de pensamiento que, en nuestra opinión, mejor explica dicha noción?

---

59 *Ibidem,* p. 546.

60 *Idem.*

61 Para una crítica de la tesis consensualista de los derechos humanos, *cfr.* mi trabajo: Saldaña, J., "¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaïm Perelman)", *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica,* México, UNAM, 1997, pp. 197-215.

62 Hervada, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *Humana Iura I,* Pamplona, 1991, p. 350.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

IV. Derecho natural *vs.* iusnaturalismo

Una primera idea que debemos tener clara es la de identificar a qué tipo de iusnaturalismo nos estamos refiriendo. Desafortunadamente, la falta de precisión en los estudios que prevalece hoy en día en muchos círculos académicos ha llevado a identificar bajo la expresión "iusnaturalismo" una sola corriente de pensamiento, donde se incluyen todas las escuelas iusnaturalistas que han existido y a las que se atribuyen similares características.[63]

Cuando hablamos de derecho natural, podemos identificar, en términos generales, al menos dos grandes escuelas: el derecho natural que llamamos clásico, con claros antecedentes en Aristóteles, el derecho romano y, principalmente, Tomás de Aquino,[64] y el derecho natural moderno de corte racionalista, entre cuyos exponentes encontramos a Grocio, Pufendorf, Tomasius, Wolf,[65] etcétera.

[63] De manera general podemos identificar las siguientes corrientes iusnaturalistas: "1) un iusnaturalismo *racionalista,* principalmente el de la Escuela Moderna del Derecho Natural; 2) un iusnaturalismo *empirista,* que puede ser ejemplificado en la figura de Hobbes; 3) un iusnaturalismo *realista,* de raíz aristotélica, y cuyo principal representante es Tomás de Aquino; 4) un iusnaturalismo marxista, intentado por Ernst Bloch y Hermann Klenner; 5) un iusnaturalismo *kantiano,* como el propuesto por Stammler, etcétera". Massini Correas, I., *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo,* Santiago de Chile, Alfabeta, 1987, p. 122. Para una visión general de los distintos iusnaturalismos, *cfr*. Serrano Villafañe, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales,* 2a. ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1977; Soaje Ramos, G., "Diferentes concepciones del derecho natural", *Ethos 10-11,* Buenos Aires, 1983, pp. 317-339.

[64] *Cfr*. para este tipo de iusnaturalismo Villey, M., *Compendio de filosofía del derecho I y II,* Pamplona, Eunsa, 1979, *passim.*

[65] Carpintero Benítez, F., *La cabeza de Jano,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, *passim.* Del mismo autor, *Los inicios del positivismo en centroeuropa,* Madrid, Actas, 1993, *passim;* mismo autor, *Historia del derecho natural,* México, UNAM, 1998.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

1. *Derecho natural clásico*

Cuando se elabora un trabajo sobre cualquier tema filosófico, es importante hacer resaltar la trascendencia del tema que se tratará. Una de las formas más comunes para llevar a cabo este propósito es recurrir a la tradición filosófica que le dio origen. Por eso, haremos un recorrido, aunque sea muy breve, de la corriente que Villey calificó como derecho natural clásico y los pensadores que se incluyen dentro de ella.

Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco,* dejó perfectamente establecido lo siguiente:

> En el derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto.[66]

Con esta precisión quedó perfectamente distinguido el derecho natural, y lo que hoy identificamos como derecho positivo.

Por su parte, Hervada nos resume la concepción romana del derecho natural y del derecho positivo de la siguiente manera. Para los juristas romanos:

> ...el derecho, en cuanto razón natural, no podía ser contradicho por el *ius civile.* En virtud de ello, cuando del *ius civile* se deducían soluciones escasamente adecuadas a la realidad social o que resultaban poco humanas, el derecho civil podía ser corregido y adaptado por soluciones más racionales, coherentes con la *ratio naturalis.* El derecho natural operó, pues, según le es propio, como un factor de racionalidad del derecho, como humanizador del derecho positivo; en resumen, actuó como elemento civilizador.[67]

---

66 Aristóteles, *Ética a Nicomaco,* lib. V, 7, 1134 b.

67 Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 491 y 492.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

El mismo autor, para confirmar la tesis anteriormente planteada, emplea un pasaje del propio Gayo, que a la letra dice:

> Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos. Así, pues, el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte el común de todos los hombres.[68]

Finalmente, Tomás de Aquino, en su conocida *Summa Theologiae* II-IIa q. 57, a 2, divide el derecho en dos: el derecho natural y el derecho positivo. Establece que el primero es derecho por la misma naturaleza de las cosas, y lo que es derecho por convención privada o pública lo denomina derecho positivo. Dice el Aquinate:

> Según se ha dicho (a.1), el derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. En un segundo sentido, algo es adecuado o de igual medida a otro por convención o común acuerdo, es decir, cuando uno se considera contento si recibe tanto. Esto, ciertamente, puede hacerse de dos maneras: una primera, por cierto convenio privado, como el que se establece por un acto entre personas privadas; y la segunda, por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente que algo se tenga como adecuado y ajustado a otro, o cuando esto lo ordena el gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa su persona, y a esto se llama derecho positivo.[69]

---

[68] *Ibidem,* pp. 493 y 494; Gayo, *Inst.,* I, 1.

[69] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* II-II, q. 57. a. 2, Madrid, BAC, 1990, pp. 471 y 472.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Según la corriente de derecho natural que venimos exponiendo, y ésta es la primera característica de este tipo de derecho, cuando hablamos del derecho natural debemos admitir la división de dos órdenes dentro de un mismo sistema jurídico: por una parte, el derecho natural, y por la otra, el derecho positivo. El primero de ellos, radicado en la naturaleza humana, y el segundo puesto, por la sociedad o por la autoridad.

Una segunda característica importante dentro del derecho natural hace referencia a la superioridad de este derecho respecto del derecho positivo. De este modo, existe un derecho natural que sirve de inspiración y que es fuente del derecho positivo.

> Las doctrinas iusnaturalistas se caracterizan por sostener la tesis que voy a denominar tesis iusnaturalista: *para toda entidad jurídica positiva existe un derecho natural del cual deriva* o en el cual se inspira; es decir, las entidades jurídicas positivas derivan de un derecho natural. O lo que es lo mismo: para toda entidad positiva, si no existe un derecho natural del cual derive no es jurídica; o también las entidades positivas que no derivan de un derecho natural no son jurídicas.[70]

Respecto de la primera nota distintiva, afirmar que el derecho natural procede de la naturaleza es aceptar que hay bienes atribuidos a la persona en virtud de la misma naturaleza de ésta. Esto supone la atribución de cosas o bienes a cada hombre por sus propia naturaleza. Estas cosas atribuidas y debidas al hombre son lo que constituye el derecho natural.[71] Precisando aun más, "designa aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre".[72] Según esto —y ésta es la caracterís-

---

70 Hernández Marín, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea,* 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, p. 63.

71 Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural,* 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 80.

72 Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1991, pp. 17-31.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tica más importante de este tipo de derecho natural—, el dato identificatorio del derecho natural lo constituye la persona humana y la relación de deuda que existe entre los bienes o cosas suyas y ella.

En este contexto, y reforzando las afirmaciones anteriores, debemos consolidar dos ideas básicas para comprender mejor el derecho natural: la noción de la naturaleza humana y la de la ley natural.

A. *Definición de naturaleza humana*

Cabe nuevamente la pregunta: ¿qué es la naturaleza humana y cómo puede ésta ser el fundamento de los derechos humanos?

Por naturaleza humana debemos entender "aquella constitución o estructura fija en el hombre que es a la vez permanente y estable en medio de la mudanzas a las que puede verse sometido".[73] Es la esencia, aquello por lo que el hombre es y se comporta como tal, es algo invariable, permanente e identificador del propio hombre. La naturaleza humana es la índole propia del ser humano, su peculiar esencia o manera de ser, en tanto que efectivamente dada en él como su más radical principio activo.[74] En resumen, de la naturaleza humana podríamos decir que "es la esencia como principio de operación".[75]

---

[73] García López, J., "La persona humana", *Anuario Filosófico IX,* Pamplona, 1976, p. 168.

[74] Millán Puelles, A., voz "Naturaleza", *Léxico filosófico,* Madrid, Rialp, 1984, p. 438.

[75] Consideradas como realidades, no podríamos aceptar una distinción entre persona o personalidad y naturaleza humana. En este sentido, podríamos aceptar la definición que Hervada da de naturaleza humana, diciendo que "...la personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la esencia misma del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano —que es lo que tiene relación directa con el derecho—, concierne a

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

B. *Naturaleza y persona*

Al contrario de lo que se pueda pensar, la naturaleza humana, como realidad, no es una idea abstracta separada del ser humano, sino que está realizada en la persona; es una dimensión o estructura fundamental de la persona humana. O, por mejor decir, en cada persona humana existe una real estructura fundamental que, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como constitutivo caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana. Es la estructura ontológica del ser humano.[76]

Según hemos visto, la naturaleza es constitutiva de la persona, está en ella misma como estructura fundamental suya, y por eso resulta indistinto predicar algo de la naturaleza humana o predicarlo de la persona, porque entendemos la naturaleza como el concepto universal que expresa un constitutivo real de la persona individual.[77]

La naturaleza humana que venimos analizando es la que identifica a la persona como tal y la hace distinta y superior al resto de los animales. Ésta se integra por dos potencias propias del ser humano: su inteligencia y su voluntad, con cuyo concurso los actos del hombre pueden ser calificados como libres. “La capacidad o potencia espiritual del hombre es la inteligencia o razón y la facultad de querer de la naturaleza espiritual es la voluntad. En consecuencia, el acto libre es un acto racional y voluntario”.[78]

Por estas potencias, el hombre conoce y quiere; es lo que lo hace esencialmente distinto al resto de los seres vivientes, y le dan a éste su categoría humana. La razón *y* la voluntad son potencias

---

la *esencia* como principio de operación, es decir, lo que llamamos naturaleza humana”. Hervada, J., *Introducción crítica..., cit.,* p. 89.

76 Hervada, J., *Lecciones propedéuticas…, cit.,* Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 479 y ss.

77 *Ibidem*, p. 480.

78 Hervada, J., *Cuatro lecciones de derecho natural,* 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 35.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

suprasensitivas, espirituales, cuyo sujeto de inhesión es el alma, de naturaleza espiritual.[79]

C. *Naturaleza humana y derechos humanos*

En la exposición sucinta que venimos haciendo del derecho natural y de la naturaleza humana, tenemos que dejar claro también que, tal y como lo habíamos mencionado, por esta naturaleza humana, al hombre le son atribuidos una serie de cosas o bienes que le corresponden por ese estatuto ontológico. Estas cosas o bienes son, en nuestra opinión, lo que podríamos llamar derechos humanos. Cabe aclarar que estos derechos o bienes no se encuentran en el orden de los fines del hombre, esto es, de algo que por naturaleza aún no es y deba alcanzarse, sino que los derechos humanos están en el estatuto natural del propio hombre. Es decir, algo que por naturaleza ya tiene y que posee en el orden del ser como derechos naturales. O, como lo hemos señalado, algo que le es suyo por naturaleza.[80] Aceptar lo contrario es admitir que los derechos humanos no se tienen, sino que se deben alcanzar o conquistar como derechos a los que los hombres deben aspirar por no tenerlos.

Así, el concepto clave para entender los derechos humanos sigue siendo el de naturaleza humana o dignidad de la persona, esta última radicada en tal naturaleza. La dignidad de la persona supone que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológica y una superioridad en el ser. Esto

> ...expresa algo absoluto: una ontología o participación en el ser muy intensa, de gran perfección y grandeza. Según esto, la dignidad, es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o

79 *Ibidem*, p. 27.

80 Hervada, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador,* Pamplona, Eunsa, 1991, pp. 26 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana.[81]

Ahora bien, si la naturaleza humana, según hemos dicho, es ese núcleo esencial que caracteriza al hombre y le hace tener un comportamiento específico, existen cosas contenidas en esta naturaleza humana, en esa dignidad, que le corresponden a la persona en virtud de su misma naturaleza y que, por tanto, le son debidas, le son adeudadas. Estas cosas debidas a la persona en virtud de su misma naturaleza son lo que se ha dado en llamar "derechos naturales" o "derechos humanos", que surgen de tres aspectos importantes: de un derecho fundamental, como es el derecho de la persona a su ser; el derecho de la persona a su libertad, y los derechos de la persona que se derivan de los fines propios de ella.[82]

El derecho que tiene la persona a su ser se ha llamado "derecho natural fundamental de la persona humana".[83] De este primer derecho natural fundamental podemos perfectamente extraer el derecho a la propia existencia; es decir, el derecho a la vida y lo que nos es debido para tener una vida digna, tanto en el plano material (por ejemplo, proveernos de alimentos, de vestido, etcétera) como en el renglón espiritual (por ejemplo, el derecho que se tiene a crecer y desarrollarse en un ambiente moralmente sano).

En segundo lugar, se presentan los derechos naturales o humanos que deducimos de la libertad del hombre. Ésta se divide en tres aspectos: libertad de consentir y obrar, libertad como inmunidad de coacción y la libertad de iniciativa.

Finalmente, el resto de los derechos humanos vienen deducidos de los fines propios del hombre, a través de sus inclinaciones

---

81 Hervada, J., *Lecciones propedéuticas..., cit.,* p. 449.

82 *Ibidem,* pp. 522 y 523.

83 *Ibidem,* p. 524.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

naturales. De este modo, de la inclinación natural del hombre a relacionarse con la mujer como fin nace el derecho al matrimonio; de la inclinación natural del hombre a participar en la organización y el ordenamiento de la sociedad, como fin nace el derecho de participación política; de la inclinación natural del hombre a transformar las cosas que le rodean, como fin nace el derecho al trabajo, etcétera.[84]

Las anteriores ideas pueden quedar más claras a partir de otra noción importante: la ley natural, que ahora veremos.

D. *Ley natural*

El segundo dato que constituye el elemento central del derecho natural que venimos exponiendo es, sin duda, el de la ley natural. Este elemento no es una teoría, sino algo práctico, que, como señala Hervada, no es sino la explicación científica del hecho empírico o de experiencia.

> El hecho de experiencia al que nos referimos es que, en relación a la conducta humana, nuestra razón —la de todos los hombres de todas las épocas— no muestra una indiferencia universal —no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre puede físicamente realizar— sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación: debe hacerse esto, debe evitarse aquello. Y en conexión con estos juicios deónticos emite también juicios estimativos o de valoración: está bien tal acto, está mal haber hecho tal cosa. Estos juicios giran en torno a dos nociones, una contraria a la otra, que son las de bien y de mal...[85]
>
> Junto a lo que debe hacerse o debe omitirse, hay también juicios permisivos: esto puede hacerse (es lícito hacerlo), esto puede omitirse (es lícito no hacerlo). Debe notarse también que estos juicios

[84] *Ibidem,* pp. 526 y ss.

[85] Hervada, J., *Introducción crítica..., cit.,* p. 140.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

no constituyen la decisión del obrar, ni tampoco la conclusión a la que el sujeto llega en orden a lo que en cada momento va a hacer. Esta observación elemental nos señala que los juicios deónticos de los que hablamos son antecedentes a la decisión de obrar, y no se confunden con el juicio personal del sujeto que lo lleva a tomar esa decisión. La experiencia nos muestra que tales juicios deónticos aparecen de suyo como norma objetiva del obrar, inconfundible con la norma subjetiva. Estos juicios deónticos se presentan como una ley del obrar, que puede obedecerse o quebrantarse.

Y sobre todo como ley objetiva, distinta de las elecciones, preferencias o intereses del sujeto. Los juicios deónticos de razón, con carácter de norma vinculante o ley, que todo hombre observa en sí, con independencia de lo establecido por la sociedad, es lo que se denomina ley natural.[86]

E. *Definición de la ley natural*

Para tratar de dar una definición más precisa de lo que es la ley natural podemos conceptualizarla como el "conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".[87]

F. *Contenido de la ley natural*

Este conjunto de inclinaciones conduce a lo que se conoce como contenido de la ley natural, a partir del cual se pueden ir identificando los derechos humanos.[88]

---

[86] *Ibidem*, pp. 140 y 141.

[87] Hervada, J., *Introducción crítica..., cit.*, pp. 144 y 145.

[88] De la lista que presentamos a continuación, debemos decir que no es una lista cerrada de inclinaciones, ni tampoco que los derechos establecidos constituyen los únicos. Esta lista de derechos podría ir ampliándose al combinarlos. Igualmente, los derechos naturales no son colocados por orden de prelación.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

En primer lugar, tenemos la inclinación natural a la conservación del ser, de donde podemos deducir el derecho fundamental que tiene la persona de conservar su ser; por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Del derecho de la persona a su libertad, podemos derivar todos los derechos relativos a la inmunidad de coacción en el terreno de los derechos humanos; por ejemplo, la libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, de religión, etcétera. Por último, del resto de los fines de la persona podemos extraer los otros derechos humanos; de este modo, de la inclinación a la unión conyugal del hombre y la mujer se puede deducir el derecho de contraer matrimonio, y de éste, el derecho que le corresponde a la pareja de formar y educar a los hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas y morales, etcétera.

De la inclinación natural de todo hombre a dominar y transformar el mundo que le rodea podríamos identificar el derecho al trabajo, y de éste, a su vez, el derecho al salario, el derecho al descanso, etcétera; de la inclinación natural del hombre a participar en la sociedad política podemos extraer los derechos políticos, como el votar en las elecciones y ser votado en ellas para la organización de la sociedad; de la inclinación natural del hombre a asociarse, podemos deducir los derechos que tienen que ver con las asociaciones civiles o políticas, y así sucesivamente.[89]

Veamos, pues, cómo a partir de los conceptos de naturaleza humana y ley natural podemos ir identificando los derechos humanos que le corresponden al hombre, y que denominamos "derechos naturales".

G. *Naturaleza humana y ley natural*

Para comprender mejor la ley natural, es necesario establecer la relación que existe entre ésta y la naturaleza humana.

---

89 Hervada, J., *Introducción crítica*..., *cit.*, p. 145.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Según vimos, cuando hablamos de naturaleza humana, dijimos que de ésta se puede predicar lo mismo que de la persona. El punto de referencia, por tanto, es el hombre mismo. Así, los juicios deónticos que le señalan al hombre lo que debe hacer y lo que debe evitar no se encuentran en algo exterior al hombre, sino que están, los juicios deónticos de ley natural, en eso que en el hombre es capaz de constituirlo como tal, se encuentran en esa estructura fundamental que hace al hombre ser lo que es, y lo conducen a comportarse de determinada manera. Esa estructura fundamental, en cuanto dinámica por el obrar mismo del hombre, es lo que hemos identificado como naturaleza humana. En este sentido, "la naturaleza humana proporciona la regla fundamental del obrar humano, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal".[90]

Ahora bien, esa dinamicidad propia del hombre persigue unos fines, que son también naturales del hombre y que comportan la realización y perfección de éste. Aquí es donde se encuentra la ley natural como aquel conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre. Démonos cuenta de cuál es la conexión entre la ley natural y la naturaleza humana. La ley natural manifiesta en forma de deberes las exigencias (naturales) que la propia naturaleza del hombre le dicta. Estas exigencias tienen como objetivo la consecución de los fines naturales del hombre; estos fines podríamos sintetizarlos en: uno, la realización del hombre y, dos, su propio perfeccionamiento. Esto, por supuesto, con el consiguiente reflejo de ambos en lo social.[91]

2. *El iusnaturalismo moderno*

Una vez vistos, en términos generales, los caracteres identificatorios del derecho natural clásico, podemos ahora pasar a

90 *Ibidem*, p. 143.
91 *Ibidem*, p. 144.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

ver rápidamente las diferencias que mantiene éste con el iusnaturalismo "racionalista", propio de la modernidad. Aclaremos que el término racionalista aplicado al derecho no significa otra cosa que la intención de aplicar al campo de la vida social la metodología de las ciencias exactas. Según los postulados metodológicos de disciplinas como la física y la matemática, sólo un conocimiento podría ser calificado como científico en la medida en que el mismo haya seguido rigurosamente los pasos del método establecido para ellas. Éstos consistían fundamentalmente en la observación, en la experimentación, pero sobre todo, en la verificación de hechos. De modo que si el conocimiento social pretendía alcanzar dichos niveles de cientificidad y por tanto ser verídico y certero, habría que ceñirse a dichos postulados. Verdross escribió al respecto: "La Filosofía que hasta ese período cartesiano comprendía diversas disciplinas, cada una de las cuales trabajaba con un método distinto, se vio obligada a adoptar como método único el de la ciencia matemática".[92]

Sin embargo, en la Escuela Moderna del Derecho Natural podemos distinguir al menos dos claras tendencias de este iusnaturalismo. La primera entendió al derecho natural como una libertad natural del hombre. Este tipo de derecho natural era el que tenía el hombre en estado de naturaleza, cuando todavía no entraba en sociedad. Era un derecho primigenio otorgado y regido por la naturaleza.

Según lo anterior, los hombres, por medio de un pacto (denominado genéricamente pacto social) forman la sociedad. Aquí, la razón dicta las reglas básicas de convivencia entre ellos, son las normas mínimas del estado civil (contrario al natural), y esto recibe el nombre de "ley de la naturaleza" o "ley de la razón".[93] Hobbes establece en el capítulo XIV del *Leviatán:*

---

[92] Verdross, A., *La filosofía del derecho en el mundo occidental,* México, UNAM, 1962, p. 169.

[93] Nos dice Locke, por ejemplo: "Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que con-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> Lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale,* es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.[94]

Y continúa más adelante:

> El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse así mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad.[95]

Observemos cómo dichas leyes de la naturaleza no reflejan más los fines y tendencias de la naturaleza humana, sino sólo aquellas prescripciones propias de la razón en orden al adecuado establecimiento del estado de sociedad o civil. Los autores más representativos de este tipo de iusnaturalismo son los que conocemos como contractualistas; por ejemplo, Hobbes, Rosseau, Locke, principalmente.[96]

---

sideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona". Y más adelante escribe: "El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con la ley, señala a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones". Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil,* Madrid, Aguilar, 1975, pp. 5 y 6.

94 Hobbes, Thomas, *Leviatán,* 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 106.

95 *Ibidem,* p. 140.

96 Hervada, J., *Historia de la ciencia del..., cit.,* pp. 255 y 256.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

La segunda tendencia del derecho natural moderno lo entendió como la recta razón, que señala la norma adecuada a la naturaleza humana. Este derecho natural es el que propiamente denominamos "derecho natural racionalista", por el cual se reconocen, al contrario de la tradición clásica (éste es el error de la concepción formalista del derecho encabezada por Kelsen y de sus seguidores), dos sistemas de normas: unas leyes de la naturaleza, que regulan la sociedad, y otras leyes positivas. Ya no es más un orden unitario, sino más bien un orden separado y además enfrentado: *derecho natural vs. derecho positivo*. De ahí que la idea racionalista del siglo XVIII terminó por ser plasmación de ese derecho racional en cuerpos legales, y dio así impulso al movimiento codificador.[97]

Desde este racionalismo, la única realidad que podía ser comprendida era la norma jurídica o el sistema normativo como un sistema cerrado en el que se podían encontrar todas las respuestas posibles a los problemas planteados en sociedad. Estos sistemas eran producto exclusivo de la razón que pretendió códigos con una certeza casi absoluta y una validez general. El mismo Hobbes es bastante claro en este punto:

> Yo defino a la ley civil de esta manera: aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley.[98]

Por otra parte, estos mismos iusnaturalistas racionalistas entendieron la naturaleza humana ya no como inmutable y permanente, sino como una naturaleza dentro de la historia, sujeta por tanto a los cambios históricos dependientes de situaciones y circunstancias determinadas.

---

97 *Ibidem,* pp. 256 y ss.

98 Hobbes, *Leviatán*..., *cit.,* p. 217.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Del mismo modo, una última característica de este racionalismo "fue la sustitución progresiva del razonamiento propio de la razón práctica por el razonamiento especulativo, es decir, por un sistema de conclusiones lógicas".[99] De este modo

> El móvil del racionalismo jurídico moderno parece ser, paralelamente a la filosofía cartesiana, encarar en forma metódica la construcción del edificio jurídico, probando con cuidado todos los eslabones del razonamiento para llegar a resultados seguros; el método de deducción a partir de principios racionales concluye en una construcción rígida e inmutable hasta en las aplicaciones más detalladas, es decir, a una inflexibilidad contraria a toda evolución.[100]

En conclusión, las características del derecho natural moderno podemos resumirlas, siguiendo a Hervada, de la siguiente manera:

a) Este derecho natural distingue entre el estado natural del hombre y el estado civil.
b) El traslado del estado de naturaleza al estado civil mediante un contrato social. Dicho acuerdo no se basa más en la naturaleza, sino en el consentimiento de los miembros integrantes de esta colectividad.

---

99 "El sistema de derecho natural terminó así por aparecer —como ocurre en Wolff y su escuela— como un sistema de conclusiones lógicas, derivadas unas de otras, que de unos primeros principios y de unas definiciones se expanden hasta los más pequeños detalles de la vida social. Con ello se amplió grandemente el hipotético campo del derecho natural, que en pocos casos llegó a presentarse como un sistema de derecho casi completo".

"Con ello, además de poner en cuestión la necesidad misma del derecho positivo, se introdujo también un falseamiento en el razonamiento jurídico, mediante la utilización de un logicismo extraño a la vida práctica. Por esta vía, el derecho natural adquirió también una rigidez que de ningún modo tenía en la doctrina anterior". Hervada, J., *Historia de la ciencia del..., cit.,* p. 259.

100 Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 19.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

c) La naturaleza del hombre no podía ser entendida más en sentido metafísico, tal y como lo hiciera el derecho natural clásico, sino que la naturaleza humana debía entenderse como una naturaleza empírica.
d) Finalmente, parece que la característica más importante de este iusnaturalismo moderno lo constituyó la *separación* entre el derecho *y* la moral. Esta última, como algo que corresponde al fuero interno del hombre, y el primero como las reglas dictadas para el comportamiento externo de éste.[101]

¿Qué consecuencias acarrearía esta nueva forma de entender lo jurídico, y principalmente, cómo sería la concepción de los derechos naturales a la luz de este iusnaturalismo? El abandono de la metafísica para explicar el derecho haría radicar éste en el propio hombre como un ser independiente y libre. De este modo, el derecho constituiría la actividad racional para proteger esa independencia y esa libertad, creando un derecho individualista, que constituye lo que ahora conocemos como derechos subjetivos, que pertenecen al individuo, y que son fundamento de su libertad.[102] Esta visión de los derechos humanos como derechos subjetivos no sería otra cosa que una idea que ya contiene una profunda carga individualista, es decir, egoísta y, por tanto, como advierte Ballesteros, insolidaria y propia del mundo liberal.[103]

V. Conclusiones

Una vez vistas las importantes diferencias existentes entre las dos principales corrientes del derecho natural y la forma tan dispar en la que ambas explican el concepto de naturaleza humana, está claro que la escuela que mejor desarrolla los derechos humanos

101 Hervada, J., *Historia de la ciencia del..., cit.,* p. 262.
102 Carpintero Benítez, F., *Una introducción a la..., cit.,* p. 47.
103 Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o..., cit.,* pp. 54-65.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

a partir de este concepto es, como lo hemos visto, la del derecho natural clásico con sus antecedentes en Aristóteles y Tomás de Aquino. Desde este derecho, y llegados aquí, podemos comenzar resumiendo que cuando nos referimos a los derechos humanos, hemos de aceptar las siguientes conclusiones:

Primera. Estos derechos son anteriores a las leyes positivas, y, en consecuencia, son por tanto preexistentes al Estado y a la autoridad que emane de éste. Según esto, los derechos no están sujetos a la potestad del poder público ni pueden ser concesiones que éste otorgue a sus súbditos.

Segunda. Estos derechos, como derechos naturales anteriores al derecho positivo, son también derecho, cuya juridicidad les viene dada por esa relación de deuda que se establece entre los bienes y su titular. De este modo, las demás personas tienen la obligación de respetar y observar dichos bienes.

Tercera. Dichos derechos, en cuanto radicados en la naturaleza humana, no dependen del consentimiento de los miembros de la sociedad política, sino que encuentran su fundamento en dicha naturaleza, y lo único que le corresponde a la sociedad es reconocerlos y protegerlos.

Cuarta. Si son derechos que no dependen del consenso social, sino de la naturaleza humana, tampoco pueden estar sujetos a las exigencias sociales que cada época de la historia determine, es decir, no pueden estar sometidos a la dictadura de las mayorías.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo cuarto

CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO SUBJETIVO COMO CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Planteamiento del problema

Una de las ideas más extendidas en el discurso jurídico de los últimos siglos es, sin duda, la del "derecho subjetivo". Hoy podemos darnos cuenta de que este concepto ha invadido prácticamente todo lo que conocemos como derecho, lo mismo el terreno del derecho público que el derecho privado, y también el llamado derecho social. De ahí que pueda llegar a afirmarse, con justificada razón, que "la característica del discurso jurídico contemporáneo —y aun del discurso jurídico político— radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de «derechos», es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos".[104]

En este sentido, podemos darnos cuenta de cómo el concepto de derecho subjetivo lo mismo se aplica al reconocimiento de los derechos del ciudadano de participar en la vida pública, que a las relaciones jurídicas surgidas de un contrato de compraventa. Se califica del mismo modo tanto el derecho del trabajador a recibir un salario como el poder que tiene un individuo de exigir ante un órgano jurisdiccional la restitución del daño causado a su propiedad.

Este empleo indiscriminado de la noción "derecho subjetivo" se ha trasladado también, y quizá con mayor fuerza, al campo de

---

[104] Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 11.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

los derechos humanos; también éstos han pretendido ser definidos como derechos subjetivos, entendiéndose entonces como facultades, prerrogativas o poderes que las personas poseen para exigir el reconocimiento, respeto y observancia de sus derechos, cualquiera que éstos sean. Esto nos ha hecho creer que la expresión más adecuada para definir los derechos humanos es precisamente la de derecho subjetivo, y no otra distinta de ésta. Así, se han empleado como equivalentes las locuciones "derechos subjetivos" y "derechos humanos".

Desafortunadamente, y a pesar del fuerte arraigo que ha acarreado la idea que venimos comentando, pocas son las personas que de manera seria han hecho un alto en el camino y han reflexionado sobre el significado real de esta expresión, y sobre las posibles consecuencias que la misma ha traído consigo para la cultura jurídica moderna.

Con las siguientes reflexiones nos proponemos exponer nuestro punto de vista acerca de por qué la noción de derecho subjetivo no es la más apropiada para definir lo que conocemos como derechos humanos. Estas reflexiones girarán en torno a los orígenes, contenido y consecuencias que la caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos ha traído consigo. En todo caso, el objetivo general del siguiente análisis no es otro que el despertar en el lector la inquietud por preguntarse hasta qué punto la idea de derecho subjetivo es la más adecuada para definir tales derechos.

II. Orígenes de la expresión "derecho subjetivo"

El estudio de la noción, naturaleza y alcance del derecho subjetivo nos tiene que llevar a preguntarnos si ésta ha existido siempre en el discurso jurídico; es decir, si podemos reconocerla en el derecho romano o en la Edad Media, o si, por el contrario, dicha idea es propia de un periodo de la historia relativamente reciente

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

y más bien patrimonio de la Edad Media tardía próxima al inicio de la Modernidad.[105]

Uno de los pensadores más serios en la investigación iusfilosófica y que más se ha interesado por el estudio del derecho subjetivo ha sido Michel Villey, quien ha sostenido en varios de sus trabajos que ni en la tradición aristotélica ni en los juristas romanos, y mucho menos en Santo Tomás, encontramos la idea de derecho subjetivo. Al respecto, nos dice el mencionado autor:

> ...la teoría romana omite completamente decirnos que *ius* puede significar derecho subjetivo. Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el *Digesto,* relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la Justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales).[106]

Argumentando en favor de la idea anterior, nos dice más adelante:

> Se notará que este significado antiguo de la palabra *ius* (es decir, lo justo) no encuentra su exacto correspondiente en nuestro actual sistema de pensamiento. Para nosotros, el término derecho evoca, sea el significado objetivo, la ley, sea el derecho subjetivo, pero no normalmente lo justo *(aequum, bonum aut utile).* La doctrina expresada por Paulo, Ulpiano o Gayo corresponde a aquella de Aristóteles, cuando define lo justo; o a aquella de Santo Tomás cuando trata del significado del término *ius*.[107]

---

[105] Para una exposición sintética de la aparición y evolución del derecho subjetivo, *cfr*. Schouppe, J. P., "La concepción realista del derecho", *Persona y Derecho 11,* Pamplona, 1984, pp. 555 y ss.

[106] Villey, M., "Les origines de la notion de droit subjetif", *Lecons d'histoire de la philosophie du droit,* París, Dalloz, 1962, p. 229; también trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo,* Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 34 y ss.

[107] *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Posteriormente, y en el mismo escrito que venimos citando, señala el profesor parisino:

> Si el *ius* es aquello que es justo (objetivamente), hay un justo de cada cosa y de cada persona: precisamente, el estatuto jurídico, el lugar preciso que en el orden general la Justicia de cada uno, el cual no consiste del todo en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros llamamos derecho.[108]

Finalmente, señala, al referirse a las expresiones del derecho subjetivo, que "no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término *ius*".[109]

En este orden de ideas, Villey viene a señalar que lo que ahora conocemos como derecho subjetivo tuvo su origen en el siglo XIV, específicamente en el nominalismo, con su predecesor, Guillermo de Ockham, quien en su obra *Opus nonaginta dierum,* al referirse a los bienes de la orden franciscana, sustituyó la *res justa* por la *potestas.* Esta obra fue escrita a propósito de la disputa acerca de la pobreza franciscana, que enfrentó a la facción de los franciscanos "espirituales" con el papado.[110]

---

108 *Ibidem,* p. 234, trad., p. 38.

109 *Idem.*

110 "Los franciscanos espirituales —y con ellos Ockham— defendían que, por la pobreza que debían vivir, sólo tenían el uso de las cosas, sin ningún derecho. La raíz de la cuestión estribaba en la pretensión de los espirituales de poder usar de las cosas de las que tenían necesidad —desde los bienes consumibles como la comida o el vestido, hasta los bienes no consumibles como los inmuebles donde albergarse— sin ninguna clase de derecho. Fácilmente se observa que esta pretensión resulta imposible, si se parte de que el derecho es la cosa justa —noción que está en el trasfondo de la argumentación de los curiales del Papa— pues siendo la cosa derecho, todo uso de la cosa que sea jurídicamente correcto, justo, —no abusivo o injusto—, es inseparablemente un uso de derecho: el derecho de uso, o sea, el uso como derecho". Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 239 y 240. Un interesante desarrollo de la problemática suscitada entre la orden franciscana y

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

En dos de sus escritos, Villey confirma la idea anterior; en el primero de ellos establece:

> ...los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la filosofía moderna... Después de Duns Scoto, Occam, seguido de muchos otros, abrió el combate decisivo en contra de Aristóteles y de Santo Tomás... Occam (yo no conozco hasta la fecha textos anteriores), argumentando sobre la pobreza franciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como libertad, un poder, una *potestas... rem temporalem... vindicandi et omnimodo... pertractandi* (potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa de orden temporal), también definía el *jus utendi* (derecho de usar), el *jus poli* (derecho emanado del cielo), y el *jus fori* (derecho emanado de la sociedad humana) usando la palabra *potestates* (potestades).[111]

En el segundo escrito establece:

> Para ser más precisos sostendré que la cuna del derecho subjetivo fue la Orden franciscana... y entre los monjes franciscanos de comienzos del siglo XIV, Guillermo de Occam, fundador del Nominalismo, es decir de una filosofía individualista... es quien podría ser llamado padre del derecho subjetivo.[112]

---

el poder papal que viene a cambiar el modo tradicional de entender el derecho, en Grossi, P., *Il dominio ele cose, percezioni medievali e moderno dei diritti reali,* Milán, Giuffrè, 1992, pp. 123 y ss.

111 Villey, M., "Les origines de la notion de droit subjectif", *Lecons d'histoire..., cit.,* pp. 241 y ss.; *cfr*. trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno*..., *cit*., pp. 46 y 47.

112 Villey, M., "La genése du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Archives de philosophie du droit 9,* París, 1964, p. 98. *Cfr*. trad. de R. Le Roy, *Estudios en torno..., cit.,* p. 152. *Cfr*. tb., " Prolegoménes á l'étude du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Cours d'histoire de la philosophie du droit,* París, Les Cours de droit, 1962-63, pp. 226 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Con los anteriores testimonios vemos cómo las referencias que Villey nos presenta nos sirven para mostrar que el derecho subjetivo es una noción relativamente nueva, producto de la tardía Edad Media y antesala del mundo moderno, donde con mayor resonancia se arraigó a la cultura jurídica de nuestro tiempo. Sin embargo, lo más importante a destacar de toda esta referencia es sin duda el cambio radical que implica la sustitución del derecho objetivo o *res iusta* por la de derecho subjetivo o potestad individual. Con dicho reemplazo, la forma clásica de entender el derecho se vería relevada por otra noción distinta a ésta.

La concepción clásica del derecho, heredada del mundo romano para después continuar siendo cultivada por buena parte de la escolástica,[113] consistía precisamente en saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué era lo que le correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas. A eso que correspondía a cada uno lo llamaron *ius* o derecho de cada uno, y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho. Este *ius* era lo justo, lo que justamente era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada *iustitia* o justicia:[114] *iustitia est constan et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*[115]

Ya anteriormente, Aristóteles había señalado en el libro V de la *Ética a Nicómaco,* que "todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres prac-

[113] "El derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana; es decir, tenía para ésta fuerza, autoridad *y* tradición de *Derecho natural*, y ocupó también en el plano total del pensamiento del medievo el lugar de una ética jurídica autoritaria. En efecto, al derecho romano apelan no sólo la jurisprudencia medieval, sino también la teología moral y la Escolástica, desde que los decretalistas derivaron precisamente de las Instituciones y de las Pandectas la idea de un ius *naturale* originariamente extraño a la Teología". Wieacker, F., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna,* trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, p. 35.

[114] Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural,* 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 15.

[115] Digesto, 1, 1, 10.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo...”.[116] Más adelante el Estagirita reiterará esta idea al establecer:

> La justicia es la virtud por la cual se dice del sujeto que practica deliberadamente lo justo y que distribuye entre él mismo y otros, o entre dos, no de manera que de lo bueno él reciba más y el prójimo menos, y de lo malo a la inversa, sino proporcionalmente lo mismo, e igualmente si distribuye entre otros dos.[117]

Tomás de Aquino ya también había dicho que

> ...lo primero de la justicia, dentro de las virtudes, es ordenar al hombre con las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta... la igualdad se establece en relación con otro... En cambio, lo recto que hay en el acto de justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la atribución del salario debido por un servicio prestado.
>
> Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente... Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, éste es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.[118]

Y al definir la justicia, el Aquinate señala que “ésta es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho”.[119]

---

116 Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* V, 1, 1129 a. trad. de J. Marías y M. Araujo, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 71 y ss.

117 *Ibidem,* V 5, 1134 a, p. 79.

118 Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* II-Ilae, q. 57, a. 1. c. Para un estudio pormenorizado de la noción aristotélico-tomista del derecho, *cfr*. Lachance, L., *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas,* 2a. ed., Ottawa-Montreal, Du Lévrier, 1984.

119 *Ibidem,* q. 58. a. 1. c.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Según se deduce de las ideas anteriormente expuestas, el mundo antiguo y medieval es un mundo objetivo y natural en el cual bienes y personas se insertan, y del cual es posible descubrir la parte justa del todo que corresponde a cada sujeto (derecho natural); esta parte justa es el *ius*, de modo que la tarea del jurista, del legislador, del juez es un *suum ius cuique tribuere* (atribuir a cada uno su derecho), en donde lo que se atribuye es precisamente aquella parte justa: *id quod est* (aquello que es justo), o, como diría Santo Tomás, la *ipsa res iusta*, la cosa justa misma que a cada uno corresponde en el orden natural y objetivo de bienes.[120]

Démonos cuenta, entonces, cómo en el discurso jurídico romano el acento fue puesto sobre lo objetivamente justo en el marco de la sociedad política, y en el medievo ese acento se desplazó hacia lo debido u obligatorio en ese mismo marco; en la modernidad, el énfasis —y a veces la exclusividad— de la perspectiva jurídica se ha centrado sobre el sujeto individual y sus prerrogativas o intereses.[121]

III. Concepción moderna del derecho

Con la aparición del derecho subjetivo cambia la forma de entender al derecho. Ahora este concepto es entendido como un atributo, una facultad, una potestad o poder que el individuo posee. De este modo, las ideas de Ockam y toda su reflexión posterior fueron el caldo de cultivo para esta nueva conceptualización del derecho.

---

[120] Guzmán Brito, A., *Presentación de los "Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo de Michael Villey"*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, p. 16. Puntualizando más la concepción clásica del derecho, dice Villey que "El vocablo Derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde derivó hasta denominar el Arte con que se discierne qué es lo justo; después, hasta designar el lugar donde se administra el Derecho... finalmente también se llama Derecho a la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia...". Villey, M., "Les origines de la notion de droit subjectif", *Lecons d'histoire..., cit.*, p. 230.

[121] Massini, C. I., *La filosofía del derecho. El derecho y..., cit.*, p. 13.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Así, el otro momento importante en el desarrollo de este enfoque, y al que en esta ocasión no estudiaremos en detalle, lo constituye la escuela moderna del derecho natural, también llamada escuela iusnaturalista racionalista, la cual entiende que el punto de partida del derecho ha de ser el individuo independiente y libre, y que por tanto el derecho tenía que ser considerado como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento el derecho —valga la redundancia— consiste en derechos, ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún deber.[122]

Kelsen, por su parte, ha venido a completar la noción anterior diciendo que "cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo presupone un deber jurídico de otra persona".[123]

En este orden de ideas, la definición de derecho subjetivo que más ha arraigado en la cultura jurídica moderna es la que el propio Kelsen[124] critica, cuando al definir la naturaleza de éste señala: "la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante la acción, por el incumplimiento de una obligación".[125] Con lo anterior es posible determinar que el dere-

[122] Carpintero Benítez, F., *Una introducción a la ciencia jurídica,* Madrid, Civitas, 1988, pp. 43 y 44. En esta ocasión no nos referiremos en profundidad a la influencia que el derecho natural de corte racionalista trajo para la cultura moderna; dicho influjo será objeto de estudio de un posterior artículo, que viene a completar el presente. En todo caso, si el lector pretende hacer un estudio más detallado, le sugerimos la bibliografía que Francisco Carpintero maneja en el libro arriba citado.

[123] Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado,* 3a. ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1990, pp. 87 y ss.

[124] Jellinek había definido con anterioridad el derecho subjetivo diciendo que éste "é la potestá di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interes". Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi,* Milán, Società Editrice Libraria, 1912, pp. 49-51.

[125] Kelsen, H., *Teoría pura del derecho,* trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 148.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cho subjetivo será tal, si existe una norma jurídica que lo reconozca, es decir, sólo si está consignado en un orden jurídico positivo, y si, por otra parte, existe un órgano jurisdiccional que pueda hacer valer tal derecho en el caso de ser transgredido.

> Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho el sentido subjetivo diferente de la obligación jurídica, un derecho en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra.[126]

Pero veamos con más detenimiento la naturaleza y contenido del derecho subjetivo.

IV. Contenido del derecho subjetivo

La moderna concepción del derecho subjetivo se integra por varios elementos o características que lo identifican como tal, a saber: por una parte, los sujetos de la relación jurídica que se establece, es decir, el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada, o sea, el individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber; por otra parte, el segundo elemento que queremos señalar es la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíproco; en tercer lugar, para ser considerado el derecho como derecho subjetivo, tiene que existir un orden jurídico (el llamado derecho objetivo), que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico del otro; finalmente, podemos desprender del anterior elemento la existencia de un "órgano" capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la eventual falta de cumplimiento de la relación planteada entre los sujetos reconocidos por la norma jurídica. De manera sintética y bajo el riesgo de trivializar el contenido del derecho subjetivo, éstos son los elementos a través de los cuales podemos caracterizar dicho derecho.

126 *Ibidem*, p. 147.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

1. *Sujetos jurídicos: titular del derecho y sujeto obligado*

Se enuncia como primer rasgo característico del derecho subjetivo a los sujetos que intervienen en la relación. Por un lado, se encuentra el titular del derecho, aquel que detenta el poder, la ventaja o la facultad que la persona tiene sobre una cosa. En este sentido, y según hemos podido constatar en líneas precedentes, el *ius* era la cosa justa adeudada a las personas y por la que en términos de justicia se debía a cada uno lo suyo, lo que le correspondía. Esa concepción ya no corresponde con la visión actual del derecho, según la cual éste pasa al poder o ventaja del individuo, y la noción objetiva del derecho se traslada a la concepción subjetiva del mismo (derecho subjetivo) contraponiéndose a la vez.

Para el caso de los derechos humanos, ya no es el derecho que se le debe a la persona como cosa justa (derecho a la vida, integridad física, al pensamiento, religión, etcétera), sino el poder o ventaja que la persona tiene sobre la cosa.

Observar sólo las facultades o poderes que los hombres tienen para sí nos tiene que llevar necesariamente a colocarlo en oposición, o mejor dicho, en contraposición al resto de potestades que las demás personas hacen suyas, concibiendo de esta manera a la persona como un hombre aislado y en contra de todas las demás personas. De acuerdo con este modo moderno, el derecho deja de concebirse como la justa partición, para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes inherentes a los individuos.[127] Se crea un estado en el que el hombre es la fuente de todos los derechos, amo y señor de todo el universo jurídico, donde sus exigencias son la fuente de los derechos subjetivos.

En forma complementaria a este primer elemento tenemos al sujeto obligado, aquel que ha de manifestar una conducta, de acción u omisión, frente a otro. Kelsen dirá que el derecho subjetivo va a determinar siempre el deber jurídico de otra persona.[128] De modo que dicha noción tiene existencia si, y sólo si,

---

[127] Guzman Brito, A., *Presentación de los escritos..., cit.*, p. 18.

[128] Kelsen, H., *Teoría general del derecho..., cit.*, p. 87.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

existe un sujeto obligado a cumplir con determinada acción u omisión. Al respecto, dice Kelsen:

> Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de otra persona distinta. Tengo derecho subjetivo de hacer algo o de abstenerme de hacer algo sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo... No hay derecho subjetivo en relación con otra persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto.[129]

En el campo de los derechos humanos, si aceptamos que éstos deben ser definidos como derechos subjetivos, tendríamos que admitir también que la existencia de los mismos dependería de la actuación (positiva o negativa) de otra persona; de este modo, el reconocimiento de un derecho no se da por el bien propio (en el sentido objetivo de la cosa), sino por la intervención o participación de otro sujeto, trasladando con esto el derecho al deber jurídico que a otra persona corresponde realizar.

2. *Norma jurídica*

En esta rápida aproximación que venimos haciendo a los elementos que integran el derecho subjetivo tenemos que referirnos al que quizá refleje con más claridad la moderna forma de entender el derecho: me refiero al tema de la norma jurídica integrante del orden jurídico.

Se sabe perfectamente que la idea que predomina en el pensamiento jurídico de hoy en día es la de que el derecho subjetivo sólo es tal en cuanto se encuentra reconocido en un ordenamiento

---

129 *Ibidem*, p. 88.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

jurídico, o sea, en una norma del ordenamiento que reconozca la facultad correspondiente al titular y el deber u obligación jurídica contrapuesto. De lo anterior se desprende que el derecho subjetivo —tal y como lo señala Tamayo— presupone, siempre (como en el caso de la facultad o de la obligación), una fuente que lo establezca: un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia. Esta fuente es la norma jurídica. Nos dice este autor:

> Por fuente (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (*i. e.* norma jurídica) es válida y su contenido identificado. Como podría ser uno o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etcétera.[130]

En otro lugar confirma la misma idea:

> La existencia de una fuente (una norma jurídica) es una condición de la existencia de un derecho subjetivo; esto es, la existencia de una norma jurídica apropiada es condición necesaria para que X tenga derecho a 0. Dicho de otra forma: X tiene derecho a 0, si existe una norma que establezca (que le confiera) un derecho en tal sentido. Dicha norma constituye el único fundamento jurídico para que X tenga derecho a 0.[131]

Para concluir diciendo que

> ...por todo lo anterior, participo de la creencia de que una apropiada explicación de los derechos (subjetivos) debe partir de una

[130] Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia del derecho,* México, UNAM, 1986, p. 69. En este mismo sentido *cfr.* Raz, J., *The Autority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford, Clarendon Press, 1979; trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 67 y ss.

[131] Tamayo y Salmorán, R., voz "Derecho subjetivo", *Diccionario jurídico* mexicano, 2a. ed., México, UNAM, 1987, p. 1043.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

satisfactoria descripción de los actos que establecen derechos, esto es, debe partir de una satisfactoria descripción de las normas o disposiciones que confieren derechos subjetivos.[132]

En relación con esta idea, el propio Kelsen dice:

> El derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo «tenga» un derecho subjetivo, es decir, que «tenga» determinado poder, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias... la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación.[133]

Con lo que acabamos de señalar, podemos darnos cuenta de que hasta en tanto el derecho subjetivo no sea reconocido por el ordenamiento jurídico, la calidad de tal no se corresponde. De este modo, se hace radicar la existencia del derecho subjetivo, y por tanto del derecho en general, en el reconocimiento de éste por una norma jurídica.

No estaríamos en desacuerdo con las anteriores afirmaciones si se considerara a la norma o al conjunto de normas jurídicas en relación directa con la cosa debida en justicia; es decir, si las normas jurídicas fueran sólo aquellas que impusieran una

---

132 Tamayo y Salmorán, R., *El derecho y la ciencia..., cit.,* p. 69.

133 Kelsen, H., *Teoría pura..., cit.,* p. 148. En otra parte el propio Kelsen señala que "Un derecho subjetivo es, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada". Y más adelante dice: "El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el acto potencial". Kelsen, H., *Teoría general del derecho..., cit.,* p. 97.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

conducta justa, no una conducta necesaria para el perfeccionamiento de cada individuo, sino una conducta que es obligatoria porque constituye una deuda de justicia conmutativa, distributiva o legal.[134]

Al contrario de lo que algunos han pensado, el derecho no puede reducirse ni contenerse en lo puramente normativo. Llevar a efecto esa reducción implicaría una visión parcial del derecho y el desconocimiento de la realidad misma que integra lo jurídico. Creo que si pongo un ejemplo daré razón de lo que quiero decir con lo anterior.

Prensemos en el derecho de libertad de conciencia, reconocido éste en los artículos 20 y 30.2 de la Constitución española de 1978. En el caso de la legislación mexicana, ésta no establece en ninguna de sus normas (llámense constitucionales o reglamentarias) el derecho referido.[135] ¿Sólo porque no se inscribe en ninguna de las normas podemos decir que el médico no tiene derecho a oponerse a un aborto por razones de conciencia, o que el joven que ha de cumplir con el servicio militar no tiene este derecho a negarse a cumplir con dicho servicio porque va en contra de su conciencia aunque tal derecho no se encuentre regulado en ningún artículo constitucional?

Es importante darse cuenta de cómo un derecho, aunque en el texto constitucional no sea reconocido por una norma específica, no por esto deja de existir. Ese derecho tiene subsistencia aunque no esté normativizado, porque el derecho es, no en razón del ordenamiento positivo, sino en razón de sí mismo. Y siendo

---

134 Schouppe, J. P., "La concepción realista del derecho", *Persona..., cit.,* p. 627.

135 En nuestra opinión, existen diferencias importantes que distinguen las libertades de conciencia, pensamiento y religión. Por esta distinción es que, desde nuestro punto de vista, el derecho consignado en el artículo 24 de la Constitución mexicana no puede ser considerado como derecho de libertad de conciencia. Para dicha distinción *cfr*. Hervada, J., "Libertad de conciencia y error sobre una moral terapéutica", *Persona y Derecho 11,* Pamplona, 1984, pp. 13 y ss. Un estudio más detallado sobre esta distinción puede verse en Hervada, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador,* Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 183-224.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

un poco más ponderados, cabría la posibilidad de preguntarles a quienes piensan que el derecho es el conjunto de normas jurídicamente positivadas, qué sucedería con aquellos derechos que ahora son reconocidos por las Constituciones de los Estados o por las declaraciones internacionales de derechos si mañana no son más reconocidos. En este supuesto, ¿dejarían de existir dichos derechos?

Éstos son, sólo a manera enunciativa, algunos de los riesgos de considerar derecho sólo a lo recogido por las normas jurídicas y de aceptar a éstas como fuente del derecho subjetivo.

3. *Órgano jurisdiccional*

El último de los caracteres identificatorios del derecho subjetivo derivado de lo anterior es la existencia de un órgano jurisdiccional capaz de dirimir la controversia surgida por la transgresión de un derecho.

A este respecto, podemos inferir, de lo dicho hasta ahora, que el derecho subjetivo contiene la autorización conferida al titular para reclamar su derecho. Ese reclamo ha de venir precedido de un requerimiento mediante la interpretación de una demanda para que se ejecute tal derecho. "La pretensión que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querella".[136] Y más adelante se determina:

> Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiere la teoría del interés, a saber, una autorización, un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo. Aparece cuando, entre las condiciones de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación en forma de una demanda o querella para obtener la ejecución de una sanción.[137]

[136] Kelsen, H., *Teoría pura del..., cit.,* p. 142.
[137] *Ibidem,* pp. 146 y 147.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde —es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano— si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial.[138]

Como podemos darnos cuenta, la existencia de un órgano se deriva de los demás requisitos señalados. Sin embargo, cabe aclarar que el órgano, en nuestra opinión, sólo cumple una función formal dentro del derecho; es decir, el derecho no depende de que ese órgano lo reconozca, sino del derecho mismo. En este sentido, la tarea que el órgano realiza se traduce exclusivamente en determinar a quién corresponde la cosa, es decir, el derecho, quién es la persona a la que se adeuda la *res iusta* y a quién corresponde restituir la misma.

En este orden de ideas, podemos incluso afirmar que la presunta coacción de la que es investido el órgano jurisdiccional para resolver una controversia tampoco puede dar existencia al derecho. Afirmar esto invertiría el proceso de creación del derecho: el derecho o la cosa justa existe primero porque es debida, y sólo en razón de esta deuda se hace exigible o sancionable por el órgano.

Creemos que es de sentido común darse cuenta de que un bien existe no porque se espere el reconocimiento del mismo bien por un agente externo (en el caso del derecho, la declaración de un tribunal), sino que la existencia le viene dada por lo que el mismo bien es, es decir, por lo que el mismo derecho constituye.

Algo parecido sucede en el caso de los derechos humanos. Éstos han de buscar su origen en la atribución que se hace de ellos a un titular como una deuda que le corresponde, haciendo con

[138] *Ibidem*, p. 147.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

esto que esos derechos, antes de ser exigidos, existan por la deuda reconocida a su titular. Damos cuenta con esto de que la exigibilidad, a través de la sanción que un tribunal puede aplicar, no es sino una tarea formal de dicho órgano y no constitutiva del derecho.

Así, desde la perspectiva de la coacción o sanción (atribución del derecho subjetivo), tampoco pueden ser definidos los derechos humanos, porque la entidad de éstos no radica en la posibilidad de exigir ante un órgano la satisfacción de la obligación incumplida, o, si se prefiere, que autorice la puesta en marcha de un proceso tendente a obtener la relación jurídica adecuada frente a la violación del derecho. Lo primario y fundamental es concebir a los derechos humanos como deudas pertenecientes a las personas. "Esa cosa que es *suya* le es debida, y justamente esta calidad de deuda es lo que convierte a la cosa en un derecho".[139]

V. Derecho subjetivo *vs.* derechos humanos

Aunque ya hemos apuntado las principales objeciones que creemos pueden hacérsele al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos, haremos un pequeño y breve resumen de ellas sin entrar en mayores detalles de lo ya antes expuesto.

a) La primera objeción resulta clara. La concepción moderna del derecho como derecho subjetivo hace radicar en el individuo un poder o una facultad que éste tiene sobre una cosa. Ya no es más el derecho como cosa justa, sino la ventaja que tiene el individuo sobre la *res iusta*.

Lo anterior ha traído como consecuencia un nuevo derecho propio del mundo liberal, de corte más bien individualista y personalista. Este derecho se traduce en la libertad del individuo, su libertad plena e íntegra, convir-

139 Schouppe, J. P., "La concepción realista del derecho", *Persona y...*, *cit.*, p. 623.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tiendo el deber o deberes sociales (concepción antigua del derecho) en la libertad o poder atribuido al individuo. Así, Michel Villey ha señalado que esta primera consecuencia de entender el derecho —y por tanto también los derechos humanos—

> ...ha sido producto del egoísmo y de la incultura, nos dice que restringidos los horizontes intelectuales para cada sujeto, a las dimensiones de sus apetitos, es natural que cada uno piense cada cosa en función de su yo, que capte al servicio de su yo, lo que debería ser concebido en función del interés común, y que lo acomode a las necesidades de su egoísmo.[140]

De este modo, el derecho es visto entonces como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público; busca asegurar al individuo tanto las condiciones de una vida libre y plenamente individual como en lo posible, las libertades y los poderes a los que el individuo aspira.

b) Una segunda consecuencia parece advertirse inmediatamente. Ésta se encuentra en estrecha relación con la anterior, y puede decirse que es producto de ella.

Si, como dijimos, la concepción moderna del derecho consiste en caracterizar a éste como producto de un poder individual, de una ventaja personal, es fácil darse cuenta de que esto, a su vez, implicaría necesariamente el menoscabo del derecho de otra persona. Ante la exigibilidad de un derecho se contrapone el campo de acción o de actuación de otro sujeto en detrimento, por supuesto, de este último. De este modo, los poderes de uno se van fraccionando y se va defendiendo con más energía la parte del poder o derecho que le corresponde, trayendo como consecuen-

[140] Villey, M., "La genése du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Archives de philosophie du droit…*, *cit.*, p. 97. *Cfr*. trad. de R. Le Roy, *Estudios en torno...*, *cit.*, p. 151.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cia lógica "el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares".[141]

Lo que podría esperarse de lo anterior no es la concepción del mundo jurídico como equitativo y justo, sino más bien poco solidario e individualista, alejándose con esto de la *fraternité, égalité y liberté* que dieron origen a la concepción de los derechos humanos.

c) Si bien es cierto que las dos conclusiones anteriores son a las que llega Villey en sus escritos, podemos nosotros desprender dos más, que en nuestra opinión completarían las mismas y pondrían en tela de juicio la compatibilidad de las expresiones "derecho subjetivo" y "derechos humanos". Si el derecho ya no es más la cosa justa sino el poder detentado por el individuo, es fácil inferir de esto que, llevado dicho individualismo a grado extremo, o sea, a considerar al hombre como causa y medida del derecho, podría conducirnos a un relativismo jurídico de graves consecuencias para los derechos humanos. Éstos ya no serían más las deudas debidas a las personas, sino el interés individual y singular de exigir su particular derecho. Y en el supuesto de que exista un consenso para aceptar ciertos derechos como válidos, estos mismos dejarían de ser tales si se rompiera dicho consenso, o, si se acordara otro tipo de derechos incluso contrapuestos a los anteriores.

Parece que lo que decimos no suena tan descabellado si volteamos la vista y nos percatamos de lo que, incluso, en el discurso de los derechos humanos sucede hoy en día. Las reivindicaciones de los más diversos tipos, expuestas en los más diversos lugares, nos dan razón de esto. Dichas exigencias, por su presunto "derecho-poder", se contraponen muchas veces unas con otras. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la vida y en el derecho que se exige a tener

[141] Villey, M., "Les origines de la notion de droit subietif", *Lecons d'histoire..., cit.,* p. 241. *Cfr.*, trad. de A. Guzmán Brito, *Estudios en torno..., cit.,* p. 45.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

una muerte digna (nos referimos al caso de la eutanasia); o recuérdense, por otra parte, en los problemas ocasionados por el derecho de información y el de expresión y el derecho a la intimidad de las personas, o el derecho de los homosexuales para contraer matrimonio o adoptar hijos, y el derecho del menor de ser educado en un ambiente moralmente sano, etcétera. ¿Es tan ambiguo el derecho que se presta a tantas confusiones?

Démonos cuenta cómo el poder individual que propugna el derecho subjetivo nos puede colocar ante un relativismo del derecho; y en el caso que venimos comentando, ante un relativismo de los derechos humanos, trayendo como consecuencia lógica la defensa a ultranza no del derecho, sino de los derechos particulares. De este modo, la cultura relativista, que hoy está muy de moda, y que se esconde bajo la fórmula de que "el hombre es la medida de todas las cosas", nos puede llevar a extremos como los señalados anteriormente.

Si, como dijimos, es probable que con el derecho subjetivo se llegue a un cierto relativismo en los derechos humanos, parece consecuencia clara que hablar de un fundamento de éstos carecería de toda validez, pues éste no puede radicar en el relativismo. No sería acertado hablar de fundamento de los derechos humanos, sino de distintos tipos de fundamentos.

Efectivamente, si el derecho se entiende sobre la base del interés, de la voluntad o del poder del individuo, cabe esperarse que sólo este interés, esta voluntad o este poder sean para el individuo un fundamento más que suficiente para justificar su derecho, reduciendo con esto el carácter universal de los derechos a la pretensión de un interés particular. Ya no son más los derechos que pertenecen a todos los hombres de manera universal, sino la *potestas* de una persona o de una colectividad de ellas en detrimento de otra u otras. El pretendido fundamento universal se

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

convierte de esta forma en un fundamento particular, individual y por tanto relativo.

d) La última de las incompatibilidades que queremos dejar anotada, aparte de las ya mencionadas, es la relativa a los problemas que presenta el normativismo propio del derecho subjetivo.

Resumiendo lo ya expuesto en líneas anteriores al tratar este tema, diremos que aceptar el normativismo como forma de entender el derecho nos conduciría a admitir como derechos humanos sólo a aquellos que encuentran reflejo en el orden jurídico, es decir, en las normas jurídicas, excluyendo a todos aquellos que no estén reconocidos en el ordenamiento. De este modo, la existencia y validez de los derechos humanos dependerían de lo que las normas jurídicas dispusieran, confiriendo a la voluntad de las personas o de los legisladores la consideración de esos derechos.

VI. Recapitulación y propuesta

Llegados a este punto, parece necesario hacer unas últimas precisiones sobre la noción de derecho subjetivo que resuman nuestra postura al respecto y dejando sentadas las bases de un análisis posterior sobre el tema.

Es evidente que la noción de derecho subjetivo es, como lo hemos visto, una de las ideas que más ha arraigado en la cultura jurídica contemporánea; prescindir de esta noción resultaría una tarea prácticamente imposible de llevar a efecto. Sin embargo, la proliferación de esa noción no nos excluye de realizar algunas precisiones al respecto, en aras de proponer una visión diferente para entender el derecho subjetivo.

La primera idea que nos parece ha de tomarse en consideración es la que tiene que ver con la exigibilidad. En esta noción, según creemos, se encuentra la problemática del derecho subje-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tivo. Hemos visto, a lo largo del trabajo, cómo esta idea implica para la cultura jurídica un poder, una facultad, que se traduce en el mundo jurídico positivo en una exigibilidad o coacción con la que cuenta el titular del derecho en el supuesto de que éste sea afectado.

Esto nos hace ver claramente que en el orden social, el derecho subjetivo actúa de tal manera que su existencia depende de esa exigibilidad o coacción por la que se pretende restituir el derecho, y la pregunta en este sentido sería: ¿de dónde le viene al derecho subjetivo la atribución para exigir tal facultad? Al respecto, alguna parte de la doctrina ha señalado que la atribución le viene dada por el orden objetivo, entendido éste como el orden jurídico representado a través de un conjunto de normas jurídicas.[142] A esta postura con la que no estamos de acuerdo preguntaríamos ¿y de dónde proviene que la norma jurídica o el ordenamiento proteja al derecho?

Parece claro que el derecho que protege la norma jurídica le viene dado por las exigencias propias del derecho o, mejor dicho, de los bienes protegidos por esa norma. Esos derechos, bienes, o si se prefiere llamar valores (aunque nosotros no estamos de acuerdo con ese término) que protege la norma jurídica, es lo que hemos venido llamando cosa justa, o lo que la doctrina clásica ha llamado derecho en sentido objetivo. De modo que sólo a posteriori, y con un carácter derivado, surge la exigibilidad o coacción que el derecho subjetivo pregona, y que en caso de violación del derecho se actualizará. Sólo en

---

142 Parece que ésta es la opinión compartida por aquellos que, directa o indirectamente, siguen los postulados kelsenianos, al considerar que "este derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo «tenga» un derecho subjetivo, es decir, que tenga determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias". Kelsen, H., *Teoría pura del*..., *cit.*, p. 148.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

este sentido podríamos aceptar la afirmación de Dabin cuando dice:

> Por su parte, el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no en virtud de su mismo derecho de disposición, de exigir el respeto, la no violación de su derecho: éste es el concepto de *exigibilidad*. Por hipótesis, la cosa es suya; directa o indirectamente, él es su dueño; debe tener el derecho de reivindicar o de defender aquello que le pertenece o que le corresponde. Y el sujeto obrará, del mismo modo y por la misma razón, contra los terceros que discutan su derecho y contra el deudor que, al negarse a cumplir lo debido, viola el derecho del acreedor sobre él. Sin embargo, la exigibilidad no es más que una consecuencia del derecho. Si el derecho lleva consigo necesariamente la facultad de exigir algo positivo o negativo de una o varias personas, no es ese "poder exigir" lo que constituye y define el derecho.[143]

Con lo anterior nos damos cuenta que de la cosa justa se deriva el poder de otro sujeto de realizar una conducta o de exigir el cumplimiento de lo imperado por la norma. En este sentido, coincidimos con la posición realista del derecho que expone Massini al decir que

> ...el derecho subjetivo no es sino una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida —deónticamente necesaria— en virtud de lo establecido por la ley. Es por lo tanto una realidad derivada, secundaria, que se sigue como consecuencia —necesaria pero consecuencia al fin— de la calidad de debida u obligatoria de una conducta jurídica; es consecuencia, no es fundamento o realidad primera sino que se explica y define sólo a partir del obrar humano justo imperado por la ley.[144]

[143] Dabin, J., "El derecho subjetivo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 119.

[144] Massini, C. L., *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 65.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

De este modo, podemos aceptar la existencia del derecho subjetivo si lo entendemos como una derivación secundaria de la cosa justa o derecho objetivo.

Si aplicamos lo anterior al caso de los derechos humanos, podremos darnos cuenta de que la exigencia del derecho subjetivo, tal y como lo hemos dicho tan repetidas veces, no fundamenta los derechos humanos, sino que lo que da existencia a estos últimos son las exigencias de la cosa justa, o, mejor dicho, la idea de que existen bienes de las personas que representan deudas para otras. Sólo si fundamentamos estos derechos, estas cosas justas, en la naturaleza humana, podemos aceptar que derivadamente existe el derecho subjetivo.

La última consideración que queremos dejar anotada, y que ayudará a comprender nuestras anteriores afirmaciones, es que esas cosas justas que pertenecen al hombre y que llamamos "derechos humanos" tienen para nosotros su fundamento en lo que la tradición clásica ha llamado "ley natural", ley ésta que no es sino "el conjunto de leyes racionales que representan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios de ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".[145] Pero esto será objeto de otro escrito.

---

145 Hervada, J., *Introducción crítica al…*, *cit.*, pp. 144 y 145.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo quinto

¿DERECHOS MORALES O DERECHOS NATURALES? UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

I. Planteamiento del problema

Una de las expresiones que más fuerza ha cogido en los últimos tiempos y que ha servido para calificar a los derechos humanos es la de "derechos morales", o lo que en lenguaje inglés se conoce como *moral rights.* Con esta locución se viene a continuar la interminable polémica sobre la concepción de los derechos humanos que el positivismo jurídico había creído superada al considerar como derechos humanos aquellos que la legislación positiva concebía como tales, llámense estos derechos fundamentales, libertades públicas o derechos subjetivos.[146]

Esta "nueva" noción con la que ahora se pretende llamar a los derechos humanos es la que, en palabras de alguno de sus seguidores, intenta superar el círculo vicioso en el que generalmente se ha encerrado el iusnaturalismo y el iuspositivismo.[147] Sin embargo, y a pesar de los diversos intentos que se han he-

[146] Para un análisis de la problemática que encierra la pluralidad terminológica de los derechos humanos: *cfr*. Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución,* 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, pp. 22-50; Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos,* México, UNAM, 1993, *passim*; Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales,* Madrid, Eudema, 1991, pp. 19-33, y Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 17-53.

[147] Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid, Debate, 1991, p. 109.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cho por alcanzar dicho objetivo, parece que esa superación dista mucho de haber sido lograda. Hoy, desde las más diversas posturas teóricas y con los más distintos argumentos, la disyuntiva: derecho natural *vs.* derecho positivo, parece ser inevitable.[148] En este sentido, el ejercicio teórico de cualquier estudioso del derecho impone cuestionarse sobre lo siguiente: ¿qué tan cierta es la pretendida superación que la noción "derechos morales" hace de las teorías iuspositivistas y iusnaturalistas? ¿Existe semejanza con alguna de estas dos teorías, o efectivamente nos encontramos ante una noción superadora de ambas?

Con las siguientes consideraciones nos proponemos exponer cuáles podrían ser los conceptos o, mejor aún, el concepto con el que más se identifican los *moral rights.* Lo anterior lo pretendemos desarrollar a la luz del pensamiento de uno de los autores más reconocidos en el discurso filosófico-jurídico contemporáneo, y quien ha sido además uno de los teóricos más proclives a entender los derechos humanos como derechos morales. Nos referimos al sucesor de Hart en la cátedra de la Universidad de Oxford: Ronald Dworkin.[149]

II. Ascendencia de los *moral rights*

La locución *moral rights* proviene del pensamiento anglosajón, y adquirió especial fuerza en la cultura jurídica de habla castellana. Entre los profesores de esta lengua que han preferido emplear la expresión *moral rights* para calificar a los derechos humanos están,

[148] Sólo por mencionar dos de las posturas antagónicas sobre la concepción y entendimiento de lo que son los derechos humanos en el mundo anglosajón, *cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1984, *passim,* y Dworkin, R., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom,* Nueva York, Knopf, 1993, *passim.*

[149] Dentro de la hemerografía reciente aparecida en México sobre el profesor norteamericano puede verse: Flores B., Imer, "Ronald Dworkin (1931-2013). Vida y obra", *Documentos de trabajo,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, *passim.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

por ejemplo, el profesor argentino recientemente fallecido, Carlos Santiago Nino, quien en nuestra opinión ha sido el que más y mejor ha explicado dicha idea en tal cultura.[150] Al lado de ese profesor, y dentro de la misma escuela analítica de la filosofía jurídica, la doctrina española también ha hecho suya dicha expresión y la ha empleado en sus argumentos.[151]

Un análisis general de lo que significa la expresión *moral rights* nos tiene que llevar a decir que ésta, al intentar explicar el fundamento de los derechos humanos, lo hace radicar no en el derecho positivo, sino en un dato prepositivo, anterior al derecho estatal y diferente del ordenamiento vigente; en definitiva, ese dato previo al que se refiere es de índole moral. En una "moralidad básica", como la llaman sus seguidores, es donde radica el fundamento de los derechos humanos o morales. El fundamento de estos derechos, por tanto, es axiológico-valorativo, en torno a exigencias que se consideran indispensables para asegurarle al hombre tener una vida digna. Son, en definitiva, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana que merecen ser respetadas y garantizadas por el poder político y el derecho.[152]

Lo anterior nos muestra las dos características que identifican el discurso jurídico-filosófico contemporáneo. Por una parte, el explícito abandono del positivismo jurídico, tanto como método como ideología en la comprensión general del derecho,

---

[150] De este autor *cfr.* por ejemplo, Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación,* Buenos Aires, Paidós, 1984, *passim*; Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1980, *passim.*

[151] Sólo por mencionar algunos autores españoles, podríamos citar a Fernández, E., *Teoría de la justicia y…, cit.*; Laporta, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa,* Alicante, 4, 1987; Ruiz Miguel, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate, 1989; Rojo Sanz, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", *Anuario de Derechos Humanos,* 5, Madrid, 1988-1989; Guisan, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", *El fundamento de los derechos humanos…, cit.*

[152] Fernández, E., *Teoría de la justicia y..., cit.*, p. 107.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

como el propio Bobbio lo ha señalado;[153] y por otra, la puesta en evidencia de la estrecha vinculación entre el derecho y la moral que el formalismo jurídico, por vía de la teoría pura del derecho, había pretendido separar.[154] Esta última característica es sobre la que Dworkin ha de insistir principalmente y sobre la cual haremos hincapié nosotros a lo largo de este trabajo.[155]

En igual sentido y colocados dentro de la filosofía jurídica latinoamericana, el profesor argentino Carlos Santiago Nino reconoce también dicha vinculación al aceptar la

---

[153] Los defensores radicales del positivismo jurídico parece que también van abandonando dicha teoría como forma de explicar el derecho. Al respecto, el mismo Bobbio dice: "Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente el positivismo supone la aceptación del *statu quo*. Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista resulte buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar". Y concluye del modo más impresionante con estas consideraciones: "Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: Ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo". Bobbio, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico,* Pavía, Milán, Giuffrè, 1966, p. 73.

[154] Como regla general de los tiempos actuales podría decirse que la ruptura entre la ética *y* el derecho propuesta por la *Teoría pura del derecho* y la filosofía política moderna son poco aceptables en los análisis científico y filosófico de las ciencias prácticas. Por irse a un extremo, el propio Hart ha señalado los muchos y diferentes tipos de relaciones que se establecen entre el derecho y la moral; de este modo señala: "Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas...". Hart, H. L. A., *The Concept of Law,* 2a. ed., trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 229.

[155] Para esta afirmación *cfr.*, Flores B., Imer, "Ronald Dworkin (1931-2013). Vida y obra", *Documentos de…, cit.,* p. 5.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> ...existencia de al menos dos conexiones intrínsecas entre el derecho y la moral, una vez que se rechaza la existencia de una conexión de índole conceptual: la conexión justificatoria, que está dada por la necesidad de legitimar el derecho según principios morales para constituir razones para actuar, y la conexión interpretativa, que está dada por la necesidad de recurrir a consideraciones valorativas para transformar materiales jurídicos relevantes en proposiciones que puedan constituir aquellas razones.[156]

Por otra parte, uno de los más importantes representantes de la teoría de la argumentación jurídica como lo es Robert Alexy, ha reconocido igualmente la correspondencia entre el derecho y la moral. A la pregunta ¿hay relaciones necesarias entre el derecho y la moral?, Alexy respondería: "Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general".[157]

Son estas dos las notas identificatorias que representan no sólo a la filosofía jurídica de hoy, sino igualmente a la filosofía política y moral de finales del siglo XX. Baste simplemente mencionar que autores como John Rawls,[158] Norberto Bobbio,[159] A. MacIntyre,[160] y el mismo Ronald Dworkin en su ya conocido libro *Fundations of Liberal Equality's,*[161] han venido interesándose cada vez más por abordar en sus estudios alguna de las consideraciones anteriores.

156 Nino, C. S., "Derecho, moral y política", *Crisis del derecho y sus alternativas,* congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre de 1992, p. 15.

157 Alexy, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", *Derecho y Moral,* España, Gedisa, 1998, p. 115.

158 Rawls, J., *A Theory of Justice,* The Belknap Press of Harvard University, 1971. Del mismo autor, *Political Liberalism,* trad. de S. R. Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, *passim.*

159 Bobbio, N., *El futuro de la democracia,* trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, *passim; Norberto Bobbio: el filósofo y le política (antología),* México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 229-302.

160 MacIntyre, A., *After Virtue,* Notre Dame , Notre Dame Press, 1981, *passim.*

161 Hay una trad. al cast. hecha por Antoni Domenech en ediciones Paidós de 1991 bajo el título de *Ética privada e igualitarismo político.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Como podemos observar, una de las viejas tesis propuestas por una parte del pensamiento jurídico y político reaparece nuevamente y se coloca en el centro de la discusión teórica de finales del siglo XX.

Volviendo nuevamente a lo que venimos diciendo, insistamos en que la idea central de la expresión *moral rights,* tal y como lo hemos anunciado, señala que estos derechos encuentran su fundamento no en el derecho (nos referimos al derecho positivo), sino en la moral. De este modo, se ha señalado que con "esta afirmación fundamental, los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que *los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales*".[162] Así, cuando se habla de *moral rights,* en alusión a los derechos humanos, se está indicando una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre.

El fundamento de estos derechos se encuentra en la ética, en las exigencias que se presentan como indispensables para una vida digna del ser humano, pero estas mismas serían realmente "derechos" sólo hasta que se encontraran incorporados en un sistema de normas, es decir, en el derecho positivo. Antes de esta incorporación, los *moral rights* serían sólo eso: derechos morales. En este sentido, únicamente se hablará de derechos humanos cuando el derecho positivo así los formule.[163]

Observemos cómo los seguidores de los *moral rights* aceptan, con la afirmación anterior, la estrecha vinculación entre lo jurídico y lo moral en la consideración general del derecho. Sin embrago, hay que hacer notar que, a pesar del nexo reconocido entre ambas disciplinas, parece que estos pensadores hacen una reducción del derecho al identificarlo con una características de éste: la coacción, ya que sólo mediante ésta se aseguraría la obligatoriedad de esas exigencias morales prejurídicas. Entonces, los derechos humanos, derechos morales o exigencias prejurídicas,

[162] Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo..., cit.,* p. 19.
[163] Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los..., cit.,* pp. 79 y 80.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

carecerían de exigibilidad hasta en tanto no pasaran del plano puramente axiológico al terreno meramente coactivo.

III. Definición y corrientes que aceptan los *moral rights*

Algunos autores[164] han señalado que se pueden distinguir dos corrientes diversas dentro de los pensadores españoles que se han referido a los derechos morales. En un primer grupo se incluyen aquellos teóricos que adoptan una posición iusnaturalista, abierta a la historia, y por tanto flexible (entre los autores que se mencionan en esta primera postura se encuentran Pérez Luño y Eusebio Fernández); una segunda vertiente, más racionalista, rechaza las dimensiones históricas y reivindica unos derechos morales universales, absolutos e inalienables (Francisco Laporta y Ruiz Miguel).[165]

Esta diferenciación, en nuestra opinión, resulta un poco forzada si tomamos en cuenta que en la cultura anglosajona existe una común identificación entre los *moral rights* y lo que la tradición ha venido conociendo como derechos naturales, de modo que hacer alguna distinción puede parecer demasiado violenta. Al referirse a esta identificación, Hart ha señalado: "Sostendré la tesis de que si hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de ahí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres".[166]

Refiriéndose a este derecho, señala más adelante que

> ...este derecho (se refiere al derecho igual de todos los hombres a ser libres) es el que tienen todos los hombres en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad o se en-

164 Peces-Barba, G., *Curso de derechos...*, *cit.*, p. 29.

165 *Idem.*

166 Hart, H. L. A., "Are there any Natural Rights?", trad. de G. Carrió, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis,* Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 65.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> cuentran en alguna relación especial entre sí. Este derecho no es creado o conferido por la acción voluntaria de los hombres...".[167]

Finalmente, el propio Hart ha establecido:

> ...lo típico es concebir los derechos como *poseídos* por o como *pertenecientes* a individuos, y estas expresiones reflejan aquella concepción de las reglas morales con arreglo a la cual éstas no se limitan a prescribir conducta, sino que además constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen título en tanto que individuos; sólo cuando las reglas son concebidas de esta manera podemos hablar de *derechos y transgresiones (rights and wrongs),* así como de acciones correctas e incorrectas *(right and wrong actions)*.[168]

1. *Definición*

No existe una definición de los *moral rights;* sin embargo, tomando las ideas expuestas por Hart, Nino reconoce, en términos parecidos a como lo hace el profesor de Oxford, que estos derechos son

> ...aquellos derechos individuales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por ciertas circunstancias en las que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombre. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos.[169]

---

[167] *Ibidem,* p. 66.

[168] *Ibidem,* pp. 77 y 78. Dentro de la propia cultura sajona, John Finnis ha señalado que los derechos humanos o naturales son derechos morales de carácter general y fundamental, mientras que los derechos morales en sentido estricto tienen un carácter particular y concreto. *Cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 198 y 199.

[169] Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1980, p.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Más adelante, el mismo Nino señala que el reconocimiento de los derechos de las personas como derechos morales no excluye que su reconocimiento genere derechos jurídicos paralelos, protegidos tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Pero este reconocimiento jurídico no determina la existencia de los mismos, ya que "ellos incluyen pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de los derechos en cuestión".[170]

2. *Características*

De lo hasta ahora señalado podemos destacar, en forma general, los siguientes caracteres identificatorios de los derechos humanos como derechos morales:

a) Con el término "derechos morales" se pretende describir la síntesis entre los derechos humanos, entendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos, entendidos paralelamente como derechos.

b) Si consideramos lo anterior, tenemos que admitir también que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho, entendido éste en sentido formal, no crea los derechos humanos. Su labor consiste en el simple reconocimiento de tales derechos, convirtiéndolos en normas jurídicas garantizadas en el derecho positivo. Como lo señala Nino, "Los límites y la jerarquía de estos derechos depende de su fundamentación en cierta concepción de filosofía moral y política".[171]

c) De lo anterior, solamente los derechos morales pueden ser considerados como derechos humanos. De este modo, el

417. En este mismo sentido, *cfr*. Truyol y Serra, A., *Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales,* Madrid, Tecnos, 1984.

[170] Nino, C. S., *Introducción al análisis..., cit.,* p. 418.

[171] *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

sustantivo "derechos" expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad de que para su auténtica realización los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico.[172]

d) Podríamos también señalar como otra de las características de estos derechos morales la que señala Nino, la de considerar estos derechos como asociados a un cierto tipo de filosofía, la liberal, y a sus principios.[173]

IV. Ronald Dworkin y los *moral rights*

Una vez expuestos someramente los rasgos identificatorios y la forma general en la que se entienden los *moral rights,* es oportuno analizar la concepción y argumentación que de estos derechos encontramos en la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

Dworkin es actualmente sucesor de Hart en la cátedra de jurisprudencia en la Universidad de Oxford y es igualmente uno de los pensadores más importantes, junto a John Rawls, de la filosofía jurídica y política de la cultura anglosajona.

La teoría de Ronald Dworkin acerca del derecho y la justicia es difícil de resumir y de analizar, pues no es un autor que pueda ser considerado como defensor de una determinada teoría. Sin embargo, podemos comenzar caracterizando su postura a partir de tres notas que la identifican. Es, primero, una postura antipositivista. En este sentido, Dworkin es considerado como crítico del positivismo jurídico y de su correspondiente, el formalismo; segundo, es un crítico del utilitarismo propuesto por Bentham y Austin; tercero, Dworkin es un pensador que, al contrario de lo que algunos teóricos propugnan hoy en día acerca de la sustitu-

[172] Para la caracterización de los derechos humanos como derechos morales hemos utilizado el libro de Fernández, E., *Teoría de la justicia y..., cit.,* pp. 104-126.

[173] Nino, C. S., *Introducción al análisis..., cit.,* pp. 419 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

ción del liberalismo, él define y defiende la tesis propuesta por la filosofía liberal del conservadurismo, que es quizá un liberalismo más moderado y por tanto menos radical.

1. *Teoría jurídica*

La teoría jurídica del profesor de Oxford comienza reconociendo que el derecho puede ser entendido al menos en tres sentidos:

a) En primer lugar, en cuanto tipo distinto y complejo de instituciones sociales, porque se reconoce que en determinada sociedad existen algunos "rasgos" que hacen saber que en dicha sociedad hay derecho.[174]

b) Se entiende también al derecho como las leyes o reglas de derecho, como distintos tipos de reglas o normas con una índole especial de antecedente u orígenes.[175]

c) Por último, acepta igualmente que el derecho es fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales.[176]

Para los efectos de este trabajo y por lo que a los derechos y deberes de la persona respecta, pondremos mayor atención en la

[174] "Decimos que el Derecho es una de las más dignas conquistas del hombre, o que es un instrumento por el cual el poderoso oprime al débil, o que es más primitivo en unas sociedades que otras". Dworkin, R. (comp.), *The Philosophy of Law,* trad. de J. Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 8.

[175] "La noción de ley o de norma jurídica como una clase determinada de normas presupone la idea de Derecho como institución social, porque sólo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes. Cualquier teoría sobre el Derecho como institución es probable que incluya o sugiera una teoría sobre la esencia de las leyes", *ibidem,* p. 12.

[176] "Los juristas utilizan proposiciones jurídicas para describir o declarar ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes, dentro de la institución del Derecho, y cuando discrepan sobre estas relaciones discuten la validez de tales proposiciones", *ibidem,* p. 14.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tercera forma de entender el derecho; es decir, en aquella postura que asume Dworkin acerca de la necesidad que tiene el jurista de resolver o decidir un caso particular que le ha sido asignado.[177] En definitiva, la teoría jurídica de Dworkin se coloca en lo que nosotros identificamos como decisionismo judicial.

En este sentido, Dworkin pretende hacer ver que en la decisión judicial, el jurista ha de echar mano de lo que constituye el universo jurídico, es decir, de normas, directrices y principios. Al respecto, escribe el profesor de Oxford:

> Mi estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas como tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.[178]

La anterior diferenciación la emplea Dworkin como una primera arma contra el positivismo, al señalar que éste reduce y simplifica el derecho de una comunidad al solo conjunto de normas empleadas por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.[179]

Según Dworkin, en este conjunto de normas jurídicas válidas se agota el concepto de derecho que el positivismo ha propuesto y que en la resolución judicial puede llevar a la discrecionalidad del juzgador; cuando no hay una norma que cubra claramente el caso de alguien, entonces, dice Dworkin, el caso no se puede decidir "aplicando la ley".

---

[177] Esta teoría no sólo parece tener como objeto de análisis la actividad jurisdiccional, sino también la labor que llega a realizar el jurista al razonar y argumentar sobre el derecho.

[178] Dworkin, R., *Taking Rights Seriously,* 2a. ed., trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

[179] *Ibidem,* p. 65.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

De la distinción hecha por Dworkin entre normas, directrices y principios, define a la directriz, o como él la llama, "directriz política", como "el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad".[180] Por otra parte, distingue como principio "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de *justicia,* de equidad o alguna otra dimensión de la *moralidad".*[181]

Con la afirmación anterior, es claro que el profesor de Oxford acepta la estrecha vinculación entre el derecho y la moral, y rechaza con esto la falsa pretensión positivista-formalista de la separación tajante entre estos dos órdenes normativos:

> ...una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como lo hacía el viejo *iusnaturalismo*— es una doctrina peligrosa. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como lo sostienen los positivistas.[182]

2. *Diferencias entre principios y normas*

La diferencia marcada por el mismo Dworkin entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica. "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan".[183] Mientras que las ca-

[180] *Ibidem,* p. 72.

[181] *Idem.*

[182] Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", prólogo a la obra *Los derechos en serio..., cit.,* pp. 8-11.

[183] Dworkin, R., *Taking Rights..., cit.,* p. 75.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

racterísticas de las reglas es que éstas son dadas, y una vez que esto sucede la respuesta que dan tendrá necesariamente que ser aceptada, por el contrario, y como el mismo Dworkin lo advierte, el principio es algo que debe tomarse en cuenta, y si éste resulta relevante servirá entonces para orientar la dirección de un conflicto en uno u otro sentido.

Otra distinción igual de importante que la anterior,[184] señala que entre los principios y las reglas o normas, éstos mantienen una dimensión de peso o importancia que las normas no tienen. Cuando existen principios en conflicto, la decisión se toma de acuerdo con el peso de éstos.

> En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio y directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.[185]

Los principios hacen siempre referencia a la justicia y a la equidad. Las normas, o se aplican o no se aplican; en cambio, los principios le dan al juzgador razones "morales" para decidir en un sentido o en otro. Así, la labor del juez no se limita a la aplicación literal de lo establecido en el texto normativo, sino que permite que aquél pueda incluso desentenderse de la norma y emplear para su argumentación un principio que considere importante. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento

---

[184] Para un análisis detallado de las diferencias existentes entre normas y principios *cfr.* Vigo, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 170-172.

[185] Dworkin, R., *Taking Rights...*, *cit.,* p. 78.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral.

Tal y como desarrolla el tema de los principios, Dworkin sostiene que incluso en aquellos casos difíciles, éstos encuentran una solución correcta. Ante un caso extraordinario, es posible que no se pueda aplicar ninguna norma; sin embargo, esto no descalifica la posibilidad de aplicar para este mismo caso un principio.

3. *Derechos morales preexistentes*

Como se puede ver, el aceptar la existencia y aplicación de principios en la resolución judicial tal y como se observa en la teoría de Ronald Dworkin, que es en el fondo, y según lo visto, un ataque frontal al positivismo jurídico, nos lleva igualmente a considerar que la tesis de los derechos humanos propuesta por la teoría positivista, es decir, aquella que considera la existencia de tales derechos sólo cuando éstos se encuentran previstos en las normas jurídicas, es también cuestionada con las afirmaciones anteriores.

Esto último lo deja igualmente ver en su obra:

> El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de las normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad.[186]

[186] En este mismo sentido, señala más adelante que “gran parte de la oposición de la teoría dominante es consecuencia de una idea que promovió Bentham: que los derechos naturales no pueden tener lugar alguno en la metafísica que se precie de empírica”, *ibidem*, p. 36.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Para el positivismo jurídico, por tanto, los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita.[187]

Contra esta postura, Dworkin sostiene la existencia de derechos preexistentes, y a pesar de negar expresamente que su teoría pueda enmarcarse dentro de aquellas que aceptan elementos metafísicos, admite que los individuos tienen derechos aun cuando éstos no estén positivados en ningún texto legal. El anterior argumento parece vincularse más con postulados iusnaturalistas que explican igualmente la preexistencia de los derechos que a los postulados positivistas o puramente formalistas.

Sin embargo, la teoría propuesta por el profesor de Oxford pretende ir más lejos, y al contrario de lo establecido por la filosofía utilitarista, reconoce que las personas gozan para sí de ciertos derechos preexistentes y que "ninguna meta colectiva puede ser razón justificatoria suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio".[188] En definitiva, dice Dworkin, "los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos".[189]

4. *Los derechos morales no son consensuables*

Parece claro que la tesis anterior viene a reforzar la postura dworkiniana sobre la vinculación íntima entre derecho y moral, colocando además en tela de duda aquel intento de fundamentación de los derechos humanos que pretende encontrar éste en la aceptación generalizada de estos derechos.[190] De acuerdo con

[187] *Ibidem,* p. 37.

[188] *Idem.*

[189] *Idem.*

[190] La tesis de la fundamentación de los derechos humanos radicada en el consenso se le ha atribuido generalmente a Norberto Bobbio; sin embargo,

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

lo anterior, los derechos humanos o derechos de las personas jamás podrían ser sacrificados en nombre del bienestar colectivo, ni tampoco podrán dar paso a intereses, por más que éstos intenten justificar la arbitrariedad de sus decisiones; de este modo, ni siquiera el consenso posibilitará la limitación de los derechos de las personas.

Es claro que desde este argumento, la tesis propuesta para fundamentar el derecho desde el consenso expuesta, entre otros autores, por Bobbio, queda sin operatividad, por dos razones fundamentalmente: la subjetivización de los derechos a la que lleva pensar que sólo los derechos que acordemos sean derechos, y segunda, la aceptación de un argumento político (el consenso) como fundamento para justificar la existencia de los derechos de las personas.[191]

En este sentido, Dworkin rescata, para la filosofía del derecho y para la teoría general de los derechos humanos, un con-

---

Jacques Maritain ya señalado había con anterioridad que era posible hacer a un lado la fundamentación filosófica y buscar las coincidencias en las conclusiones prácticas. Bobbio retorna a esta idea, y textualmente señala lo siguiente: "Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948".

"La Declaración Universal de Derechos Humanos representa una manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez". Bobbio, N., *L'età dei diritti,* trad. de R. de Asis Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 64.

[191] Para un análisis más detallado de la crítica a la fundamentación consensualista que se le plantea a Bobbio, *cfr*. Saldaña, J, "¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio *y* Chaïm Perelman)", *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica,* México, UNAM, 1997, pp. 197-215.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cepto clásico, herencia de la tradición aristotélico-tomista y fundamento de los derechos: el concepto de persona, concepto éste que se sobrepone a cualquier colectivismo o estatismo. Estos derechos se encuentran en la persona y tienen su reflejo práctico en el comportamiento que los individuos llevan a efecto a través de sus acciones, es decir, en la moralidad. De ahí parece necesario aceptar la tesis de que cualquier sistema jurídico moderno mantenga una vinculación estrecha con la moral. Argumenta el propio Dworkin:

> Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del *Bill of Rights,* como las cláusula de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política.[192]

5. *Derechos básicos e institucionales*

La distinción hecha por Dworkin entre derechos básicos e institucionales apoya, en parte, la afirmación anterior. Los primeros son aquellos derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales. Por su parte, los derechos institucionales, considerados más específicos, son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. En el primero de los casos, es evidente que estos derechos reflejan un claro ataque al utilitarismo propio de la filosofía liberal clásica;[193] por su parte, los derechos institucionales, como normas

[192] Dworkin, R., *Taking Rights..., cit.,* p. 231.

[193] "En este sentido, el propio Dworkin deja perfectamente claro que los derechos individuales no son sino triunfos frente a la mayoría y, por tanto, nin-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

jurídicas más específicas, son aquellos que regulan los derechos de los individuos y que los salvaguardan, en el plano legal, de aquellas decisiones asumidas por un tribunal, por un órgano administrativo; en definitiva, por el poder estatal.

Según lo anterior, es claro que Dworkin acepta que al lado de los derechos legales propiamente dichos (reconocidos en los textos escritos) existen otro tipo de derechos, cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma, sino, según lo hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica.

Estos derechos morales básicos encuentran su reflejo más evidente en la misma decisión judicial, particularmente en la resolución de los casos más difíciles. El presente esquema se puede resumir de la siguiente manera:

a) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto —primera característica del razonamiento dworkiniano—.
b) Existe un derecho a vencer en el conflicto, y el juez debe indagar a quién corresponde vencer —facultad resolutoria del juzgador, quien decidirá a partir de dos presupuestos: el derecho legal o el razonamiento prelegal—.
c) El derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable. El juez, por tanto, puede resolver aunque no exista un derecho legal o, existiendo éste, pudiendo prescindir del mismo.
d) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho.
e) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan —por tanto, la resolución del juez atiende, antes que a las normas jurídicas, a la moralidad básica, superior a ésta en la resolución del caso—.

---

guna directriz política ni tampoco ningún objetivo social puede ser óbice frente a un auténtico derecho". Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin", prólogo..., *cit.*, p. 16.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

j) El juez, al fundamentar su decisión en un principio preexistente, no inventa el derecho ni aplica legislación retroactiva, sino que se limita a garantizarlo.[194]

En este esquema, los derechos individuales son derechos anteriores a toda legislación positiva, válidos, *cuyo contenido jurídico los hace plenamente exigibles.* A la vez, contradice las críticas del positivismo a reconocer derechos a favor de los individuos antes y por encima del derecho positivo, confirmando al mismo tiempo la dimensión moral de lo jurídico.[195]

6. *Derechos abstractos y derechos concretos*

Por otra parte, Dworkin hace otra diferenciación, aunque ésta sea simplemente de grado. Distingue entre derechos concretos y derechos abstractos, y señala que los

> ...derechos abstractos son finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.[196]

---

[194] "La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. Pero los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener otras dos características. Deben ser más bien derechos institucionales que básicos, y dentro de lo institucional, más bien deben ser jurídicos que de ningún otro orden. Por lo tanto, no podemos evaluar ni poner a prueba la tesis sin elaborar mejor estas distinciones". Dworkin, R., Taking *Rights…, cit.,* p. 171.

[195] Vigo, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas*..., *cit.,* p. 192.

[196] Dworkin, R., *Taking Rights..., cit.,* p. 162.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Los derechos concretos, por su parte, "son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones".[197] De esta manera, los derechos abstractos proporcionan argumentos a los derechos concretos, pero la reclamación de un derecho concreto es más decisiva que cualquier reclamación del derecho abstracto que le sirve de base.[198]

La distinción antes expuesta no invalida la defensa de la moralidad que Dworkin había hecho en el argumento anterior; antes bien, parece que viene a reforzar esta tesis. Si los derechos concretos son finalidades políticas que encuentran inspiración en el derecho abstracto, esta inspiración ha de provenir de la moralidad.

V. Derechos morales o derechos naturales

De lo que llevamos dicho hasta aquí, podemos perfectamente hacer resaltar la similitud que existe entre la concepción moral de los derechos o *moral rights* y la noción iusnaturalista o de derechos naturales de los mismos. Con esto, podemos comprobar y señalar que las principales tesis de los *moral rights* son análogas a las expuestas por la concepción iusnaturalista representada por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Entre estas dos posiciones, según parece, puede haber más rasgos semejantes que diferenciadores.

La primera idea que se puede obtener es que para hablar de derechos humanos (por lo menos desde su filosofía), sean éstos derechos naturales o derechos morales, se debe abandonar, como lo hace Dworkin, la tesis positivista. Hoy parece que, como había advertido anteriormente el derecho natural, el positivismo que intentó explicar el tema de los derechos humanos y de su fundamentación no satisfizo plenamente y, en consecuen-

197 *Idem.*
198 *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cia, debe ser abandonada si efectivamente se quiere, como el mismo Dworkin señala, tomar en serio tales derechos.

En igual sentido, las razones que el utilitarismo mantuvo para defender las razones sociales con base en el consenso general, tal y como las había criticado el iusnaturalismo, tampoco pueden servir para hablar seriamente de los derechos humanos. Los derechos humanos, como derechos naturales, encuentran su base y sustento en una realidad objetiva, la cual es, según parece, donde es posible comenzar a buscar la respuesta a los problemas que plantean los derechos humanos. Esta realidad objetiva es lo humano del hombre, aquello por lo que el hombre es hombre y no otro ser diferente.

En este sentido, el contenido de los derechos humanos como derechos morales describe una realidad moral objetiva. Y el recurso a los principios morales parece que lo refleja en forma evidente. Estos principios, tal y como lo hemos visto, no son creados por el hombre, sino son descubiertos por la razón, de acuerdo con los fines que llevan al hombre a concebirse y entenderse como persona. La razón, por tanto, entiende que existen cosas que son buenas, y hay que hacerlas, y otras cosas que igualmente entiende que son malas y que deben evitarse; por ejemplo, es bueno fomentar la vida y, por tanto, es malo quien mata. Este razonamiento es una operación *natural* que procede de una estructura psicológica-moral del ser humano, y que le lleva a disociar lo que debe hacerse y no quiere hacer, y aquello que debe evitarse y quiere hacer, existiendo, por tanto, una separación entre lo emitido por la razón y lo querido por la voluntad.

Lo anterior nos refleja con toda evidencia que el hombre es un ser eminentemente moral, que se guía por su razón, la que le indica ciertos fines a los que tiende, y que son éstos los que lo perfeccionan como persona: “debes hacer esto”, “debes evitar aquello”. Estos juicios son los que en filosofía se conocen como *juicios deónticos,* por los que el hombre ha de regir su conducta y lo limitan en su acción.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> La conciencia del deber obedece necesariamente a una estructura natural de la razón práctica. Por lo demás, es claro que si los juicios deónticos obedecen a una estructura natural de la razón práctica y hay un núcleo fundamental de tales juicios que son independientes de la sociedad —lo cual es evidente— existe la *ley natural*.[199]

Ley natural, que, como perfectamente expuso el derecho natural clásico, es la manera propia por la que el hombre participa de la ley eterna a través de su naturaleza o razón humana, estableciéndose la relación entre ambos conceptos, al manifestar la ley natural en forma de deberes las exigencias naturales del ser del hombre, es decir, en la obtención de sus fines naturales. Se señala:

> ...el obrar humano es actividad dirigida a los fines del hombre, pues el hombre es un ser ordenado a unos fines. Esto supuesto, el primer y supremo principio de la ley natural es lógicamente aquel que proviene de la aprehensión de la naturaleza al bien, es decir, de aquello que tiene razón de fin, que es lo que el hombre tiene que conseguir y, por tanto, lo que tiene razón de deber.[200]

El bien es lo primero que aprehende la razón práctica ordenada a la operación. Así, el primer principio de la ley natural sería enunciado de la siguiente manera: *se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal.* A partir de este primer principio general se reconoce un claro criterio de justicia y de equidad, igual que en los postulados de la teoría de Dworkin. Del mismo modo, de este primer principio es de donde derivan el resto de principios jurídicos.

La propia definición de ley natural clarifica con más precisión lo que queremos decir. Por ley natural se entiende "El conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tenden-

---

[199] Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural,* 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 143.

[200] Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1991, p. 165.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".[201]

Este conjunto de inclinaciones conducen a lo que se conoce como contenido de la ley natural, a partir de los cuales se pueden ir deduciendo los derechos humanos.[202] En primer lugar, tenemos la inclinación natural a la conservación del ser, de donde podemos deducir el derecho a la vida y a la integridad física y moral; la inclinación a la unión conyugal del hombre y la mujer, de donde podemos deducir el derecho de contraer matrimonio, y de éste, el derecho que les corresponde de formar y educar a los hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas y morales, etcétera. La inclinación natural de todo hombre a dominar y transformar el mundo que le rodea, de la que podríamos deducir el derecho al trabajo, y de éste a su vez el derecho al salario, el derecho al descanso, etcétera; de la inclinación natural del hombre a participar en la sociedad política podemos extraer los derechos políticos, como el votar en las elecciones y ser votado en ellas para la organización de la sociedad; de la inclinación natural del hombre a asociarse podemos deducir los derechos que tienen que ver con las asociaciones civiles o políticas; de la inclinación a relacionarse con Dios podemos deducir el derecho de libertad religiosa; de la tendencia a la comunicación podemos deducir el derecho de expresión o libertad de opinión; de la tendencia al conocimiento de las cosas podemos deducir el derecho a la educación o derecho a la cultura, etcétera.[203]

Vemos, pues, cómo a partir de los conceptos de naturaleza humana y ley natural, presupuestos básicos del derecho natural, podemos ir deduciendo los derechos humanos que le corresponden al hombre, y que nosotros denominamos "derechos naturales", o lo que para Dworkin serían los derechos morales.

---

201 Hervada, J., *Introducción crítica..., cit.,* p. 144.

202 De la lista que presentamos a continuación, debemos decir que no es una lista cerrada de inclinaciones, ni tampoco los derechos de ellas deducidos constituyen los únicos. Esta lista de derechos podría ir ampliándose al combinarlos. Igualmente, los derechos naturales no son colocados por orden de prelación.

203 Hervada, J., *Introducción crítica..., cit.,* p. 145.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Con todo lo que hemos dicho hasta aquí, parece posible afirmar que la teoría jurídica de Ronald Dworkin se acerca sobremanera a la concepción clásica del derecho natural.

Así, de la filosofía del profesor de Oxford podemos deducir la afirmación acerca de que los hombres y las mujeres tienen suficiente responsabilidad para afirmar juicios particulares conforme a los cuales van a actuar de una forma coherente.[204]

En definitiva, parece que estos juicios deónticos, que no son sino juicios morales, rescatan, para los derechos humanos, el concepto más importante en su discurso: el de dignidad de la persona, noción ésta que también es aceptada por la teoría moral de los derechos humanos. Así, tanto la concepción de los derechos morales como la de los derechos naturales hacen suyo el concepto de dignidad de la persona para su argumentación y para la defensa de los derechos.[205] En este sentido, la línea divisoria entre ambas teorías parece ser muy tenue, si no es que invisible. Sostener una tesis contraria podría parecer artificial u oportunista a los momentos actuales de la filosofía.

Finalmente, no quisiéramos terminar estas breves reflexiones sin antes exponer cuáles podrían ser las dos características identificatorias más importantes de ambas concepciones aparte de la acabada de anunciar. La primera de ellas tiene que ver con la posibilidad de aceptar, desde la teoría de los derechos morales, una ética general o universal. Podemos ver con toda claridad la posibilidad "de sostener que los derechos humanos son derechos morales, y estaremos aceptando que existe una moral o ética universal, común a todos los hombres y por la que

204 Dieterlen Struck, P., *Sobre los derechos humanos,* México, UNAM, 1985, p. 85.

205 Recuérdese la parte de la definición de derechos morales que señalábamos al principio de nuestro trabajo: "Los derechos individuales son los derechos morales que los hombres tienen... por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos". Nino, C. S., *Introducción al análisis…, cit.,* p. 417.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cada uno de ellos podría argumentar en su favor la existencia de los derechos humanos".[206]

La segunda característica que podemos enunciar, y que parece viene a confirmar nuestra hipótesis inicial, es que tanto los derechos del hombre considerados desde el derecho natural, es decir, derechos naturales, como los derechos morales, son válidos independientemente del consenso y su promulgación. Es admitido por ambas posturas que el derecho positivo no puede crear los derechos humanos. Sin embargo, éstos no estarán completos si no se llega a su positivación. Ésta es una tesis que el derecho natural no sólo no rechaza, sino que además requiere. Pero observemos que son dos cosas distintas; es decir, no son derechos a partir del momento de su promulgación, sino que lo son antes e independientemente de que sean reconocidos como tales de manera positiva. Se basan entonces en que la moral o ética vale independientemente de su estatuto jurídico positivo, aunque se necesita, por supuesto, que sean llevados al nivel jurídico y a su positivación. Esto está más cerca del iusnaturalismo que del positivismo.[207]

La tesis central de la positivación del derecho natural se resume estableciendo que el derecho natural y el derecho positivo son partes integrantes de un mismo sistema jurídico, y por tanto, este sistema es en parte natural y en parte positivo. Esta unidad es triple:

> 1. La ley positiva se genera —deriva— a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación; 2. La potestad de dar normas positivas es de origen

---

[206] Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos,* México, Siglo XXI, 1993, p. 31. *Cfr.*, tb. las críticas que señala Peces-Barba en torno a los derechos humanos como derechos morales en Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales, I, Teoría general,* Madrid, Eudema, 1991, pp. 30 y 31.

[207] Hervada, J., *Introducción crítica al derecho..., cit.*, pp. 32 y 33.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3. Las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales.[208]

VI. Conclusión

Quizá la única conclusión que podríamos señalar de lo hasta ahora planteado sería que la presunta superioridad que pretende la concepción iusmoralista de los derechos humanos, en nuestra opinión, no resulta del todo cierta. Antes bien, las características de fondo que identifican dicho intento de definición y fundamentación de los derechos humanos han sido suficiente y profundamente expuestas por el iusnaturalismo, no el dieciochesco, sino el que parte de Aristóteles, pasa por los juristas romanos y alcanza su culminación en Santo Tomás de Aquino. Por tanto, y sólo desde nuestra perspectiva, parece posible hablar en forma indistinta de derechos morales y de derechos naturales, al menos en sus rasgos más esenciales.

[208] *Ibidem*, pp. 176 y 177.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo sexto

LA FILOSOFÍA POLÍTICA EN TOMÁS DE AQUINO

I. Planteamiento de la cuestión

En las páginas que siguen se intentará trazar un itinerario general de la filosofía política de Tomás de Aquino. La índole introductoria del mismo me obliga a advertir al lector la imposibilidad de profundizar en las tesis más importantes y excitantes de los principios sociopolíticos que el Aquinate expuso en diversos lugares de su obra. Sin embargo, renunciando a la exhaustividad, determinada en buena medida por razones de espacio, me propongo presentar lo que considero esencial de su pensamiento acudiendo a las fuentes directas del doctor angélico, y cotejándolas con las interpretaciones de algunos de sus más importantes comentaristas e intérpretes. Esta aclaración me exige igualmente señalar el carácter preponderantemente descriptivo de mi exposición, acorde con el origen del mismo, expuesto en el curso que impartí en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, quedando para mejor ocasión una presentación más argumentada y más profunda de las enriquecedoras tesis tomistas.

¿Qué importancia tiene estudiar hoy el pensamiento político de un religioso medieval nacido hacia finales de 1225 o principios de 1226 y muerto en 1274? Varios serían los intentos de respuesta a esta interrogante. Sin embargo, pienso que una de la más significativas para los estudiosos de la filosofía política podría ser la tantas veces citada "crisis del Estado de bienestar", que se ha convertido ya en un tópico recurrente cuando se proponen alternativas que vayan más allá del reconocimiento expreso de la

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

vía del contractualismo expuesto en la década de los setenta por la pluma de John Rawls en su clásico libro *A Theory of Justice*,[209] y en el que hoy se basan la mayor parte de los trabajos de filosofía política; o bien el formulado por Jürgen Habermas en *Faktizität und Geltung.*[210] Con sus significativas diferencias,[211] recordemos que ambos mantienen entre sí un aire de familia (los dos hacen suya la propuesta del razonamiento práctico de corte kantiano). Con todo, Kant no ha sido el único en proponer directrices desde las cuales sea posible pensar las materias de la filosofía práctica, entre ellas evidentemente la *Política*. Muchos años antes que él, la materia fue objeto de reflexiones profundas por parte de pensadores que la entendieron desde parámetros diferentes a como es comprendida hoy.

La anterior afirmación no debe ser tomada como una propuesta de retorno al pensamiento del *Doctor comunis;* hoy, esto, por fortuna o por desgracia, ya no es posible, y posiblemente ya nunca lo será. Pero es verdad que en este claro desmoronamiento del Estado moderno nunca como hoy es útil revisar los presupuestos generales del pensamiento antiguo. Es aquí donde encuentra actualidad el pensamiento del Aquinate y nuestro trabajo su justificación. Estoy convencido de que la recuperación del pensamiento político de Tomás de Aquino nos ofrece una serie de principios generales desde donde es posible pensar y proponer guías para la vida política y social del mundo de hoy, más allá de cualquier confrontación teórica o componenda política; porque en el fondo de tal propuesta subyace la convicción de contribuir positivamente a la construcción de un mundo más justo como lo pensó el que

---

[209] Rawls, J., *A Theory of Justice,* Cambridge, The Belknap Press, Harvard University, 1971. Hay una trad. de M. Dolores González, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

[210] Habermas, J., *Faktizität und Geltung,* Suhrkamp Verlag, Fráncfort del Meno, 1992.

[211] McCarthy, T., "Constructivismo y reconstructivismo kantiano. Rawls y Habermas en diálogo", Gimbernat, J. A. (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 35-62.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

fuera calificado por San Alberto Magno como "esplendor y flor de todo el mundo".

II. Precisiones preliminares

Sin duda, quien quiera acercarse al estudio de la filosofía política de Tomás de Aquino tiene que considerar dos cosas especialmente importantes. La primera de ellas es que, como es sabido, el Aquinate hace suyos muchos de los postulados centrales de la *Política* de Aristóteles; comparte sus postulados y principios generales, pero no se queda sólo allí, sino que más de las veces los actualiza a su tiempo, y sin duda, lo supera inmejorablemente en muchos de ellos. De ahí que en este trabajo las referencias que se hagan al pensamiento del Estagirita serán interrelacionadas con las de Santo Tomás.

Una segunda precisión sería la siguiente: acercarse a lo que podría llamarse "la filosofía política clásica" es aproximarse a una visión de ésta radicalmente diferente de "la filosofía política moderna". Son dos visiones completa y diametralmente diferentes de ver una misma disciplina. Mientras que la política clásica fue una *praxis* social a través de la cual los individuos alcanzarían su felicidad y su perfección moral, la política moderna es una *tekné,* separada de la moral y enraizada en la violencia. En la introducción a la *Política* de Aristóteles, Antonio Gómez Robledo deja claro este punto: "…la vinculación entre ética y política era para un griego algo mucho más íntimo de lo que lo es hoy para nosotros; algo que prácticamente rayaba en la identidad".[212]

III. Breve reseña biográfica de Tomás de Aquino

De origen lombardo, Tomás de Aquino nació, según parece, en el castillo de Roccasecca, en el reino de Nápoles, hacia el año

212 Gómez Robledo, A., "Introducción a la *Política* de Aristóteles", *La Política de Aristóteles,* México, UNAM, 2000, p. VII.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

1225 o 1226. En 1230, cuando tenia cinco años, fue enviado por sus padres a los *pueri oblati* de Montecassino, y regresó para estudiar después en la Universidad de Nápoles, donde por primera vez tuvo contacto con la filosofía aristotélica. En esta misma Universidad nace su vocación por ingresar a la orden de los dominicos.

Se dice que el santo recibe el hábito religioso de manos del maestro general, Juan Teutónico, entre los años 1243 y 1244. De 1245 a 1248 se traslada a la Universidad de París, donde conoce a San Alberto Magno, su maestro, y por insistencia de éste, al cardenal Hugo de San Caro. El general de la orden llama a Tomás de Aquino a París para ocupar el puesto de bachiller en teología de la cátedra dominica hacia 1252; en ese mismo año obtiene la *licentia docendi*, y es admitido después de muchos problemas en 1257.

El periodo que va de 1259 a 1268 fue el más continuo, tranquilo y fructífero para el Aquinate. En su segunda estancia en París, aproximadamente entre los años 1269-1270 y 1271, Tomás de Aquino vivió los momentos más difíciles de su trabajo universitario, pues tuvo que hacer frente al averroísmo que se había instalado en la Facultad de Artes, después contra las interpretaciones de Aristóteles por parte de los seguidores agustinianos que dominaban en la Facultad de Teología.

Hacia 1272 recibe el encargo de sus superiores para reorganizar la enseñanza de teología en la Universidad de Nápoles; de 1273 a 1274 escribe la tercera parte de la *Summa Theologiae*. En este último año fue llamado por el papa Gregorio X al Concilio de Lyon, y, en el viaje, sintiéndose mal y presintiendo su final, pide hospedaje en la abadía de Fossanova, donde muere el 7 de marzo. Tomás de Aquino fue canonizado en 1323.[213]

---

[213] Fabro, C., *Breve introduzione al tomismo*, trad. de M. Fancisca de Castro, Madrid, Rialp, 1999, pp. 11-15; Fasso, G., *Storia della filosofia del diritto I,* trad. de J. F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1982, p. 177; Torrel, J. P., *Tommaso D'Aquino. L'uomo e il teologo,* Piemme, s. l. i., 1994, *passim.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

IV. El razonamiento práctico y las disciplinas que lo integran

Un argumento importante para comprender de mejor manera la filosofía política en Tomás de Aquino es la distinción entre razonamiento especulativo y razonamiento práctico, del que ahora se tratará.

Tomás de Aquino, al recoger de Aristóteles la distinción entre razonamiento especulativo y razonamiento práctico,[214] establece en el número 2 del *Prefacio a la Política* lo siguiente:

> …se concluye que el conocimiento de las realidades naturales es totalmente teórico, mientras que el de las obras humanas es a la vez teórico y productor; que por consecuencia las ciencias de la naturaleza son especulativas, y que las que tienen por objeto un acto humano son prácticas, o sea, operan inspiradas en la naturaleza.[215]

Habiendo establecido tal distinción, Tomás de Aquino coloca a la política en aquella parte de los saberes que orientan el obrar y la vida del hombre; es decir, establece que la política forma parte del razonamiento práctico, a través del cual se reconoce la capacidad de la razón humana de conocer un orden objetivo de la realidad, capaz de guiar y orientar la conducta humana en la *praxis vital* de ésta, y por tanto de humanizarla. Éste es justa-

[214] "En cualquier caso, estos son los dos principios que aparecen como causantes del movimiento: el deseo y el intelecto… Así pues, unos y otros, —es decir, intelecto y deseo— son principios del movimiento local; pero se trata en este caso de intelecto práctico, es decir, aquel que razona con vistas a un fin: es en su finalidad en lo que se diferencia del teórico. Todo deseo tiene también un fin y el objeto deseado constituye el principio de la conducta". Aristóteles, *De Anima,* III, 10, 10 a15, trad. de Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1988, p. 246; *Ética a Nicómaco,* VI, 2, 139a. a 139b, trad. de Ma. Araujo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

[215] Tomás de Aquino, *Prefacio a la política,* trad. de J. M., Abascal, México, Tradición, 1976, p. 13.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

mente un punto de inflexión con el pensamiento moderno, en el que la razón práctica fue reducida a una concepción cientificista del mundo basada en una visión técnica, y por tanto avalorativa de la acción humana, recluyendo la calificación moral de los actos humanos en los sentimientos o emociones del sujeto. El fundamento de esta tesis radica en la desconfianza de la razón humana para ser capaz de conocer un orden objetivo.

La razón práctica desde la que el Aquinate explica la política es aquella que hace referencia a una acción, a un operable o realizable de los actos humanos, y cuyos fines consisten en la realización de bienes humanos perfectos para el hombre. Es, en definitiva, el saber prudencial al que se refería Aristóteles al señalar que "es propio de un hombre prudente el poder discurrir bien sobre lo que es bueno y conveniente para él mismo, no en su sentido parcial, por ejemplo, para la salud, para la fuerza, sino para vivir bien en general".[216] Es el *agere* o agible, que capacita al hombre para obrar bien. Aquí es donde echa raíces la razón práctica tomista.[217]

V. La concepción de la virtud en Tomás de Aquino

"Las acciones buenas hacen al hombre virtuoso". Éste es el segundo argumento que hemos de tener claro para hablar de la política en el Aquinate.

---

[216] Aritóteles, *Ética a Nicómaco,* VI, 4.

[217] La propuesta de dicho razonamiento práctico ha vuelto nuevamente a rehabilitarse, sobre todo a partir de la década de los sesenta, por tres razones, según Ballesteros: en primer lugar, "esta revitalización se debe a la importancia que en ella ocupa la *praxis* (acción), diferente de la *poiesis* (producción). En segundo lugar, una revaloración de la dimensión del *ethos,* de la experiencia, que lleva a distinguir las verdades éticas de las simplemente teóricas, del *logos apofantikós.* (Ello conduce a la puesta en crisis del racionalismo ético, que olvida la dimensión de la experiencia). Y finalmente, al importante papel que juega la *fronesis* (prudencia) en el entendimiento de la ética". Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho,* Madrid, Tecnos, 1984, p. 79.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Para Tomás de Aquino, la virtud es definida como "buena cualidad o buen hábito de la mente, por el que rectamente se vive y del que nadie usa mal".[218] Mauricio Beuchot ha explicado esta concepción tomista de la virtud al establecer que la

> ...virtud es un hábito operativo bueno (el malo es vicio) que tiene como sujeto las potencias del alma que poseen algún modo de razón, como el intelecto y la voluntad, o que son susceptibles de ella como los apetitos sensitivos, a saber, en cuanto son guiados por la razón, y están supeditados a ella y de ella participan. Las virtudes, pues, son los hábitos operativos que ordenan al hombre al bien; si es el bien del intelecto, el cual es la verdad, se trata de virtudes intelectivas; si es el bien moral, se trata de virtudes prácticas o morales.[219]

El Aquinate reconoce que en el caso del razonamiento práctico, el hombre busca con diverso juicio el bien, ya que no va sólo al bien como en la tendencia natural, dirigido a una sola cosa, sino dirigido a varias que son buenas, y las enjuicia con el intelecto práctico.

Al reconocer que las virtudes no son innatas en el ser humano, sino que se adquieren a través de la reiteración de los actos,[220] el filósofo establece que en el hombre "existe una aptitud natural para recibirlas" no sólo en la razón y voluntad, sino también en los apetitos, con lo cual explícitamente el Aquinate sostiene que es la *praxis* la que transforma al sujeto. El hombre no nace bueno o malo, sino que si quiere *se hace* bueno o malo. Esto cla-

---

218 Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* I-II, q. 55 a. 4.

219 Beuchot, M., *Ética y derecho en Tomás de Aquino,* México, UNAM, 1997, p. 23.

220 "En la repetición de actos, la razón rige la voluntad, y poco a poco se va haciendo no sólo una costumbre mecánica, sino —gracias a esa intervención de la razón sobre la voluntad— una disposición y una cualidad, que es el hábito o la virtud. Así, el hábito tiende a la repetición de actos sólo como elemento material, pero el elemento formal es la intención de la razón que imprime la virtud en la facultad". *Ibidem,* p. 26.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

ramente recuerda el postulado aristotélico establecido en la *Ética a Nicómaco*: "Lo que hay que hacer sabiendo, lo aprendemos haciéndolo".[221] De las virtudes morales, la prudencia tiene un papel relevante, pues teniendo su asiento en el intelecto práctico, tiene como oficio rectificar la razón en orden al bien moral.

Finalmente, cuatro son las condiciones para que el acto sea virtuoso:

> i) que su sustancia tenga un modo adecuado, en relación con la materia debida o las circunstancias debidas; ii) que se dé adecuadamente en el sujeto, de modo que infiera firmemente en él; iii) que esté debidamente proporcionado a algo externo, como a un fin; y iv) que sea dirigido por el conocimiento.[222]

VI. La ciencia de la política

Tomando en consideración lo expresado, y entrando ya en materia, habrá que decir que Santo Tomás comienza en el prefacio a la *Política* de Aristóteles estableciendo un principio que es clave para comprender su visión sobre esta disciplina. Éste lo deja establecido en el número 3 del prefacio, al fundar que la razón práctica del hombre va de lo simple a lo complejo, avanza, como lo dice él, "de lo imperfecto a lo perfecto".[223]

Haciendo un parangón con el mundo de la naturaleza, el Aquinate reconoce que en ésta su obra más compleja es también la más perfecta, "lo cual puede constatarse en cualquier todo

---

[221] Aristóteles, *Ética a Nicómaco, II* 1, 1103a. 32 y 33. Para una explicación más detallada de este principio *cfr*. el cap. II de García-Huidobro, J., *Filosofía y retórica del iusnaturalismo,* México, UNAM, 2002, pp. 31-57.

[222] Beuchot, M., *Ética y derecho…, cit.,* p. 35. Desde una perspectiva aristotélica, las condiciones del acto virtuoso serían: "i) la acción virtuosa debe ser hecha con conocimiento; ii) el sujeto debe elegirla; iii) serán virtuosas si el sujeto las hace en una actitud firme e inconmovible". García-Huidobro, J., *Filosofía y retórica…, cit.*, pp. 43 y 44.

[223] Tomás de Aquino, *Prefacio a la…, cit.,* p. 13.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

respecto de sus partes".[224] Este "todo" es la comunidad política o civil, que es necesaria para que el hombre alcance su mayor grado de perfección. Por eso, para el Aquinate, de las comunidades humanas, es la "civil" la más perfecta;[225] es en ella donde el hombre moral encuentra su mayor felicidad. Partiendo de este punto, y siguiendo la estela de Aristóteles, Tomás de Aquino afirma que de todo aquello que puede ser "conocido y producido por la razón, el «todo» constituido por la ciudad sea el más importante".[226] Parece claro que la ciencia social avocada a la organización de la ciudad sea de las ciencias prácticas también la más importante. Esta disciplina, siendo sujeto de juicios racionales y elevada a la perfección de la sabiduría humana, se llama *Política,* o, dicho de otro modo, una "ciencia social".[227]

Tomás de Aquino ubica a dicha ciencia social como parte de la filosofía práctica; es decir, como parte de aquellas disciplinas que están ordenadas a la acción. Sin embargo, habiendo situado a la política como parte de la filosofía práctica, el Aquinate nunca estableció una desvinculación con la filosofía especulativa, como sí lo haría el pensamiento moderno a partir de Hume.[228] "La ciudad —escribe el santo— es una cierta entidad respecto de la cual la razón humana no sólo es cognoscitiva, sino también operativa".[229]

Desde estos parámetros llega Tomás de Aquino a señalar que la política, siendo una ciencia práctica, "tiene por objeto el or-

---

224 *Idem*.

225 "Y puesto que las comunidades humanas difieren entre sí según su categoría y su ordenación respectivas, la suprema será la civil, cuya finalidad es bastarse por sí misma para la vida humana; por lo cual ella es entre todas la más perfecta". Tomás de Aquino, *Prefacio a la*… núm. 5, *cit.*, p. 15.

226 *Idem.*

227 *Idem.*

228 *Ibidem,* núm. 6, p. 17. Esto resulta especialmente importante y significativo, porque tal y como es presentada la *Política* en los tiempos modernos, la razón poco o nada tenía que ver con ella, es decir, que razón y praxis serían dos mundos separados.

229 *Ibidem,* núm. 6, p. 17.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

denamiento de los hombres, luego es claro que no debe incluirse dentro de las ciencias productivas (o técnicas mecánicas), sino entre las de la acción, o sea, entre las ciencias morales".[230] La política entonces es una especialización de la ética y la más importante disciplina dentro de las materias prácticas.[231]

VII. La formación de la ciudad y el bien común de ésta

Una parte importante en la filosofía política del Aquinate la constituye la formación de la comunidad civil, que es la más perfecta de las colectividades. ¿Cómo se constituye la sociedad? ¿Se hace naturalmente o artificialmente?

1. *La ciudad es producto de un dato natural*

En la línea señalada por Aristóteles, Tomás de Aquino establece que el hombre es por naturaleza un ser social, un "animal político". Guiado por el principio de que todo va de los simple a lo complejo, Santo Tomás reconoce tres tipos de colectividades humanas: en primer lugar, la de quienes "no pueden existir el uno sin el otro, como son el varón y la mujer en orden a la generación". Esta comunidad humana en el Aquinate es la familia,[232] en donde se satisfacen las necesidades más apremiantes: "Una sola familia, en una sola casa, satisfará muchas necesidades vitales, como por ejemplo, las relativas a los actos naturales de la nutrición, de la generación y de las demás funciones de este género".[233]

230 *Idem.*

231 Entonces, si la ciencia principal es la que trata del objeto más noble y perfecto, necesariamente es la política la principal, la ciencia arquitectónica, digámoslo así, respecto de todas las demás ciencias prácticas, al menos en cuanto al bien último y perfecto en las cosas humanas". *Ibidem,* núm. 7, p. 19.

232 Aristóteles, *La política,* México, UNAM, 2000, p. 2. La familia es así, la comunidad establecida por la naturaleza para la convivencia de todos los días.

233 Tomás de Aquino, *De Regno,* lib. primero, cap. I.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Un segundo grupo humano, más complejo que el anterior, es el constituido por diversos grupos de familia, "cuyo fin es servir a la satisfacción de necesidades que no son meramente las de cada día",[234] son lo que conoceríamos hoy como pueblos; "…cada barrio se bastará a sí mismo por lo que respecta a un solo gremio artesanal".[235]

Sin embargo, será la sociedad política o civil el lugar donde el hombre encontrará su mayor felicidad y perfección.

Es entonces la ciudad un dato natural, como lo había establecido Aristóteles "toda ciudad existe por naturaleza", es decir, surge por la inclinación natural del hombre a unirse con sus congéneres. Sin embargo, habría que señalar que en Tomás de Aquino ni el argumento utilitarista (la sociedad alivia las necesidades de subsistencia),[236] ni tampoco el del bien deleitable (en sociedad el hombre comparte sus afectos con los demás) son suficientes para explicar en forma satisfactoria el hecho de su propia sociabilidad. La razón más esencial de este hecho es el carácter racional del propio hombre que se manifiesta en la palabra o en el lenguaje, como también lo había señalado Aristóteles.[237] Con el lenguaje, el hombre no sólo dice lo que le es útil o dañoso; con la palabra no sólo se establece lo placentero o lo que le disgusta; con el lenguaje se dice lo que es bueno y malo, lo justo e injusto:

> El habla humana significa lo que es útil y lo que es nocivo. De lo cual se sigue que significa lo justo y lo injusto, pues la justicia

234 Aristóteles, *La política, I, cit.*

235 Tomás de Aquino, *De Regno,* lib. primero, cap. I.

236 Tomás de Aquino, *Suma contra gentiles,* 1. III, c. 117.

237 "…el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. La voz es señal de pena y de placer, y por esto se encuentra en los demás animales… Pero la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que él sólo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto y de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituye la familia y la ciudad". Aristóteles, *La política, cit.*, p. 4.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> y la injusticia consisten en la adecuación o inadecuación a las cosas útiles y nocivas. Y por lo mismo la locución es propia de los hombres; porque les es propia por contraposición a los demás animales, que conozcan el bien y el mal, y así lo justo y lo injusto, etc., lo cual pueden significar en su locución. Luego, habiéndole dado la naturaleza al hombre el discurso, y ya que el discurso se ordena a que los hombres se comuniquen lo útil y lo nocivo, lo justo y lo injusto, etc., se sigue, que la naturaleza no hace nada en vano, que los hombres se comunican. Y tal comunicación origina la sociedad. Por lo tanto, el hombre es por naturaleza un animal social o político.[238]

2. *El bien común de la sociedad*

Sobre el mismo principio de que los hombres tienden a un fin al que toda su vida y acciones se encaminan, Santo Tomás aceptará que toda sociedad política se reúne en vista a un fin:

> Toda comunidad se instituye en atención a algún bien, y es claro que la ciudad misma es una de estas comunidades; así, toda ciudad se instituye en consideración a algún bien. Otra explicación —porque mientras menos clara aparezca una cosa más necesaria es su demostración—: en todo lo que hacen los hombres obran respecto de algún fin cuya consecución les parece buena, y que ora lo es verdaderamente, ora, por el contrario, no lo es; pero es forzoso que las comunidades también se formen gracias a la iniciativa de alguien; luego todas las comunidades apuntan a la realización de algún bien, o sea, aspiran a ese bien como a su fin.[239]

Este es el bien común; dicho bien podría ser resumido como aquello que perfecciona al hombre en sus aspectos más esenciales.

Mauricio Beuchot, utilizando las herramientas de la semiótica, ha intentado explicar de mejor manera qué significación

[238] Aristóteles, *In I Política,* lect. 1, núm. 37.

[239] Tomás de Aquino, *In I politica,* lect. 1, núm. 10.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tendría la expresión "bien común" en Tomás de Aquino. Al intentar que esta expresión es análoga, divide la expresión en "bien" y "común". Los bienes los clasifica en útiles (son aquellos que satisfacen las necesidades más apremiantes del hombre), deleitables (son los que provocan alegría y sano esparcimiento) y honestos (son las virtudes). Los primeros tienen un menor carácter de fin, y son más bien un medio para los segundos; los deleitables tienen más carácter de fin, pero son también un medio con respecto a los honestos. Este último es el verdadero bien de la sociedad política.[240]

La tendencia al fin se establece de dos maneras: *terminativa* (como hacia algo ya existente), y *efectiva* (como hacia algo que se realiza o construye). De manera terminativa, el bien común sería el trascendente o supremo, como lo es Dios, y de forma efectiva se trataría de un bien común inmanente o social, que sería, en definitiva, la justicia.[241]

Beuchot reconoce que en cuanto a la intención, el término de *bien común* tiene como propio ser analógico, pues contiene tres tipos de bienes: "útiles, como la prosperidad económica, la defensa o seguridad política y la organización social; ii) bienes deleitables como la paz, el ocio creativo y la sana diversión; y iii) bienes honestos, como las virtudes intelectuales y morales".[242]

Finalmente, el término *común* revela su extensión, que es igualmente analógica. "El *bien común* es proporcional, es decir, se aplica (mediante la justicia distributiva) no de manera unívoca o simplistamente igualitaria, sino en cada uno según la proporción que le es debida y conveniente".[243]

---

240 Beuchot, M., *Los principios de la filosofía de Santo Tomás. Líneas generales del pensamiento sociopolítico de Santo Tomás de Aquino,* 2a. ed., México, IMDOSOC, 2002, p. 38 y 39.

241 *Idem.*

242 *Ibidem,* p. 45.

243 *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

VIII. La justicia

Para el Aquinate, la consecución del bien común en la sociedad es la realización de la justicia. Ésta, junto a la prudencia, la templanza y la fortaleza, constituyen lo que en Santo Tomás son las virtudes morales, teniendo la justicia "como materia propia aquellas cosas que se refieren a otro".

Al recoger la definición de justicia que aparece en el Digesto 1.1.10, Tomás de Aquino tiene el gran mérito de haber perfeccionado tal definición y establecer que ésta es un hábito virtuoso que atañe a la voluntad, que es un querer conforme con la razón, de modo que se hace siempre con conciencia y libertad. La definición de lo que la justicia es en Tomás de Aquino sería: "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho".[244] Convendría entonces señalar que siendo la justicia una virtud que ordena al hombre en las cosas que están en relación con otro, esta relación implica una cierta igualdad; esta igualdad es siempre proporcional o analógica, como lo deja establecido en el artículo 2o., cuestión 58, de la II-II de la *Summa Tehologiae*.

En términos más simples, lo que Tomás de Aquino quiere decir es que la justicia está orientada a lograr el bien común, tratando proporcionalmente a cada uno de los miembros que la integran. Al encontrárse en la colectividad diversas personas, no todas son iguales entre sí, tiene diferentes necesidades y colaboran a la sociedad de manera diversa; luego, el trato que reciban será evidentemente proporcional a esas necesidades y a esas aportaciones.

Antes de ver las clases de justicia que Tomás de Aquino acepta, habrá que señalar que el objeto que especifica tal virtud es el *ius* o lo justo, lo que en nuestra terminología sería el derecho, o lo debido (*debitum*).[245]

---

[244] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* I-II, q. 58 a 1.

[245] Reiteradamente Tomás de Aquino reconoce que el objeto de la justicia es lo justo o derecho: "En cambio —dice el Aquinate— está Isidoro que dice en el mismo libro que *el derecho se ha llamado así porque es justo.* Pero lo justo es objeto

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

1. *La justicia general*

Para Santo Tomás, existen tres tipos de justicia, y en cada uno de ellos se da la proporcionalidad. La primera es la justicia, que califica como general o legal. Ésta rige las relaciones u ordenación de los miembros de la colectividad al todo social. "Pero la virtud —dice Santo Tomás— del buen ciudadano es la justicia general, por la cual uno se ordena al bien común".[246] El propio Tomás de Aquino dejará esto claramente establecido al señalar que

> …y así, el acto de cualquier virtud puede pertenecer a la justicia, en cuanto que ésta ordena al hombre al bien común. Y en este sentido se llama la justicia virtud general. Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, como antes se expresó (1-2 q.90 a.2) de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien.[247]

---

de la justicia; pues afirma el Filósofo, en *V Ethic.* que *todos dicen llamar justicia a semejante hábito, mediante el cual realizan cosas justas.* Luego el derecho es objeto de la justicia". Y más adelante continúa: "…el objeto de la justicia a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia". *Ibidem,* a. 1.

[246] *Ibidem,* q. 58. a. 6.

[247] *Ibidem*, q. 58. a 5. Mauricio Beuchot ha establecido que este tipo de justicia se da en el ámbito propio de los tribunales del siguiente modo: "i) por parte del juez, no abusando de la confianza pública para ejercerla según los intereses privados, y mostrando siempre circunspección ante los datos; ii) por parte del querellante que acusa, aportando pruebas irrecusables de lo que dice, pues, en caso contrario, mejor le es abstenerse de acusación, para no convertirse en calumniador; iii) por parte del acusado no defendiéndose con detrimento de la verdad; iv) por parte de los testigos, atestiguando a favor del acusado que consideran inocente y en contra de quien creen culpable, pero nunca si no hay capacidad de probar la acusación; y v) por parte del abogado, rechazando causas injustas y defendiendo con habilidad y caridad las causas justas…". Beuchot, M., *Los principios de la filosofía de…, cit.,* pp. 96 y 97.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

El papel de la ley en Tomás de Aquino

Cuando de la justicia general se trata, hay que referirse al papel de la ley en la concepción tomista. Para el Aquinate, la ley es sobre todo una guía que le sirve al hombre en su conducta externa, y que lo conduce a un bien, a un bien moral.

Al contrario del papel que las leyes juegan en los tiempos modernos, la posición tomista sobre ésta entiende que ellas deben asumir un papel promotor del bien social, del bien común, y éstas asumen una función educadora de la voluntad humana en su búsqueda del bien moral. Al aceptar que el principio básico de la bondad en las personas es la virtud, Tomás de Aquino hace ver que la ley es necesaria para el hombre, para educarlo como ciudadano y encauzarlo al bien de la sociedad política, donde el hombre encuentra su perfección.

Es en la I-II, cuestión 90, artículo 4o., donde el Aquinate explica qué es la ley; para él es "una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad".[248]

Resulta especialmente relevante entender que para Tomás de Aquino la ley es un principio de índole normativa, es una medida o regla de las acciones humanas producto de la razón, pero no es, ni encerró todo el derecho, como fue considerado en el pensamiento jurídico a partir de la Modernidad.[249] Para el Aquinate, la ley tiene justificación sólo en la medida en que, siendo un dictamen prudencial, va dirigido a personas que buscan el bien común de la sociedad. Más adelante, particularmente en la cuestión 93, el

[248] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* I-II, q. 90, a. 4. c.

[249] Para el Aquinate, el derecho sería: "…Así también sucede con el nombre de *derecho*, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que discierne qué es justo; y, ulteriormente a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquél a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo". *Ibidem,* II-II, q. 57. a. 1.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

filosofo aclara un poco más esta idea, al establecer que la ley es una proposición ajustada entre el fin de la sociedad y los medios conducentes para lograr ese fin. Siendo este fin la consecución del bien común, la ley sería entonces una prescripción tendente a conseguirlo. Dicho acto es fruto de quien tiene autoridad y a quien se le debe obediencia "por cierta necesidad de justicia".[250]

2. *La justicia conmutativa*

El segundo tipo de justicia que reconoce Tomás de Aquino es aquella que ordena las relaciones entre los particulares. Siendo proporcional, la relación de deuda o lo debido entre ellas surge por el intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes de otro. En este tipo de justicia, dichas relaciones pueden reducirse a tres: 1) intercambio de cosas (compraventa o arrendamiento), 2) la traslación de una cosa (comodato, préstamo gratuito y el depósito) y 3) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, que genera la restitución y subsidiariamente la compensación.[251]

Lo justo aquí se mide por la cualidad y valor de las cosas. Fue lo que Aristóteles conoció como "igualdad aritmética".[252] Es una igualdad entre cosas. Es en el artículo 61 de la II-II donde Tomás de Aquino se refiere a ella en los siguientes términos:

> …la justicia particular se ordena a una persona privada, que en relación con la comunidad es como la parte al todo. Ahora bien:

---

250 *Ibidem, Summa Theologiae,* II-II, q. 104, a. 5 y a. 6. Dice Tomás de Aquino en este último punto: "El hombre tiene obligación de obedecer a las autoridades seculares en tanto lo exija el orden de la justicia. Por consiguiente, si su poder de gobernar no es legítimo, sino usurpado, o mandan cosas injustas, el súbdito no está obligado a obedecerles, a no ser en casos excepcionales, para evitar el escándalo o peligro".

251 Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 214 y 215.

252 Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* libro V, 3.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte, a la que corresponde el orden de una persona privada a otra, y este orden lo dirige la justicia conmutativa, que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas.[253]

3. *La justicia distributiva*

Este tipo de justicia tiene por objeto lo adeudado por la colectividad a las personas. Es el reparto de lo común que pasa a la esfera individual. Aquí las relaciones de justicia aparecen allí donde lo colectivo se reparte entre los miembros de tal colectividad. Este tipo de justicia se da, según Beuchot, principalmente entre los gobernantes, "pues son los encargados por la sociedad de distribuir los bienes comunes".[254] Escribe Tomás de Aquino:

> …la otra relación considerada es la del todo respecto de las partes; y a esta relación se asemeja el orden al que pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente, lo dirige la justicia distributiva, que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes.[255]

El acto primero en esta justicia es el juicio o dictamen de lo que es justo; el acto segundo es dar efectivamente a cada uno lo que es suyo.

Autorizados tomistas[256] han resumido la fórmula de la justicia distributiva el establecer que "A cada uno según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades".[257]

---

[253] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* II-II, q. 61, a. 1.

[254] Beuchot, M., *Los principios de la filosofía de…*, *cit*., pp. 97 y 98.

[255] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* II-II, q. 61, a. 1.

[256] Hervada, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 218 y 224.

[257] Hervada, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador,* Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 243 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

1) en el caso de la condición, tiene relevancia cuando en una colectividad existen diversas formas de pertenencia a ella; por ejemplo, en la familia no es idéntica la condición de padre que la del hijo, 2) en el reparto de cargas y distribución de funciones el factor más importante reside en las capacidades de la persona con relación a dichas cargas o funciones. Es claro que sería injusto pedir a uno más allá de la propia capacidad. Por ejemplo, los impuestos no pueden recaer en los más pobres, y en el caso de los impuestos directos, que no se respete la proporcionalidad en los ingresos y en las cargas. En este mismo sentido, es justo atribuir las funciones en proporción a las capacidades de cada uno; 3) en la aportación al bien de la colectividad que opera en relación con el reparto de bienes.

En este supuesto, quien más aporta a la sociedad debe recibir más. Sin embargo, este criterio acepta una excepción, esta es cuando la mayor aportación se hace como medio de redistribución de bienes o cuando es consecuencia de la aplicación del criterio de la capacidad. Y así, el mayor contribuyente no tiene derecho a mayores servicios de la comunidad política que aquellos que pagan menos impuestos, por ser menor su capacidad retributiva. Finalmente, está el criterio de la distribución de bienes por la necesidad, porque es justo que reciba más quien más lo necesita.[258]

IX. La economía

Un punto importante en la filosofía política de Tomás de Aquino lo constituye la cuestión económica. En la misma línea planteada en el primer libro de la *Política* de Aristóteles, Tomás de Aquino reconoce que la economía u organización o cuidado de la casa se divide en adquisición y administración. La primera es normada por la crematística, una parte de ella es moralmente buena; mediante ésta, como dice el Estagirita:

---

[258] *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> …hemos de tener a nuestra disposición, o procurar tenerlos, aquellos bienes almacenados que son necesarios para la vida y útiles para la comunidad política o doméstica. Estos bienes, en todo caso, parecen constituir la verdadera riqueza puesto que no es ilimitada la cantidad de semejante posesión suficiente para una vida próspera, como sí lo es en cambio aquella de la que habla Solón "Ningún límite de riqueza ha sido estatuido a los hombres". Pero en verdad si lo ha sido, lo mismo que en las demás artes. Ningún instrumento de ningún arte es ilimitado ni en magnitud; ahora bien, la riqueza es la multiplicidad de instrumentos empleados en casa y la ciudad. Es pues evidente que hay un arte natural de adquisición de que se sirven los que administran la casa y la ciudad, y la razón de su existencia.[259]

El otro género de adquisición es la crematística moralmente repudiable, en la que se cree que no hay límite de riqueza y la propiedad. Esta última crematística nació por el cambio de los bienes a través de la moneda. Aristóteles resume de manera magistral lo que después Tomás de Aquino hará suyo:

> Una cosa son, en efecto, la crematística y la riqueza naturales y dicha crematística pertenece a la administración doméstica, y otra es el comercio que produce riqueza no de cualquier modo sino por el cambio de artículos. De esta crematística puede admitirse que tiene por objeto el dinero, toda vez que el dinero es el primer elemento y fin de los cambios. Ahora bien, la riqueza que proviene de esta crematística es ilimitada, como no tiene tampoco límite el arte de la medicina en la producción de la salud, y todas las artes son ilimitadas también en lo que hace a sus fines (pues cada una intenta producir su fin en grado máximo), pero en cambio no son ilimitadas en cuanto al empleo de los medios (porque el fin es un límite con respecto a los medios). Pues así también, esta crematística no tiene límites en lo que hace a su fin, ya que su fin es esta riqueza en numerario y la posesión de bienes económicos: por el contrario, si hay un límite para la crematística que per-

[259] Aristóteles, *In I Política,* lect. 1, 3.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

tenece a la administración doméstica ya que el hacer dinero no es función de la economía doméstica. Así pues, desde este punto de vista, *parece necesario que haya un límite para toda riqueza*…[260]

Finalmente, habrá que señalar lo que Beuchot dice de tal situación:

Tomás apoya la declaración de Aristóteles de la crematística como no natural, sino producto de la experiencia y del arte (lect. 7, núm. 111) pero en su modalidad de *campsoria* (núm. 12), ya que es la que propiamente hace que la *pecunativa* se crea ilimitada (lect. 8, núm. 123); y dice que más bien hay que vivir conforme a la virtud, y ésta hace contentarse con lo suficiente. Con esto Santo Tomás combate el reducto de egoísmo y afán de lucro que Aristóteles pudiera dejar abierto, el cual es peor y más escandaloso en el neoliberalismo actual, y requiere ser mitigado y remediado por estas consideraciones.[261]

X. Formas de gobierno

Antes de pasar a tratar un tema especialmente importante en Tomás de Aquino como es el de los derechos de las personas, convendría decir simplemente en esta breve reseña de la filosofía política lo relativo a las formas de gobierno. Para el Aquinate, hay seis especies de ordenación de las ciudades, es decir, formas de gobierno.

La *polis* o ciudad (*aut*) puede ser regida o bien por uno solo o bien por algunos (*paucis*), o bien por muchos. En el primer caso es el rey o el tirano. En el caso del rey, éste tiene que ser virtuoso, y su función principal es velar por la utilidad común de los súbditos. En el caso del tirano, al no ser virtuoso destruye la virtud de los súbditos.

Si la ciudad es regida por algunos,

...o bien (*aut*) son elegidos aquellos que procuran el bien de la muchedumbre por la virtud, y tal régimen se llama el gobierno de los

[260] *Ibidem.* Las cursivas son nuestras.

[261] Beuchot, M., *Ética y derecho…*, *cit.*, p. 78.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> mejores; o bien son elegidos algunos a causa del poder y la riqueza, y no por la virtud, quienes todas las cosas que son de la muchedumbre volverán para su propia utilidad; y tal régimen se llama gobierno de los pocos. Pero si la ciudad es regida por muchos, igualmente aunque sean regidos por muchos virtuosos, tal régimen será llamado con el nombre común de república (*politia*). Pero no es frecuente que se encuentren muchos virtuosos en la ciudad, sino más bien la virtud bélica: y por ello este régimen se da cuando dominan en la ciudad los guerreros (*viri bellatores*). Pero si toda la multitud del pueblo quiere gobernar se llama estado de la plebe (*plebeius status*).[262]

XI. Los derechos de los seres humanos en Tomás de Aquino

Un último tema en esta breve exposición de la filosofía política en Tomás de Aquino es el de los derechos humanos. Partimos de un punto especialmente claro: es difícil hablar de estos derechos antes de la Modernidad. Consciente de esto, creo que es posible identificar un núcleo esencial del ser humano que siempre ha estado presente en él a lo largo de su propia historia y a través del cual ha existido una preocupación constante por protegerle sus derechos más esencialísimos, o bien por reconocer su dignidad como persona.

Clave en la explicación de este epígrafe es el concepto tomista de naturaleza humana, que si bien es cierto ha sido objeto de las más diversas críticas,[263] sigue teniendo especial importancia, sobre todo cuando de los derechos fundamentales de la persona se trata. Hay una idea de naturaleza humana que bien podría ayudar para establecer una nómina de los derechos humanos más generalísimos. En concordancia con lo que aquí se ha establecido en renglones precedentes, la idea de naturaleza humana

262 Tomás de Aquino, *Cometarios a la Política de Aristóteles*, libro II, lección 7.
263 Bobbio, N., *L'eta dei diritti*, Torino, Einaudi, 1977, pp. 18 y 19.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

de la que se ha de partir proviene, según creo, de la *praxis vital* del hombre, es decir, de aquella que dé razón de un comportamiento virtuoso de la vida del hombre en su actuación y en su interrelación social. Y en tal comportamiento el hombre ha de reconocerse a sí mismo y al otro como sujetos de derechos que tienen que serle respetados.[264]

Tomás de Aquino ha establecido que en el hombre existen apetitos naturales[265] cuyo conocimiento es muy limitado. Estos apetitos tienden a un bien natural por medio de la acción inmanente y transeúnte. La propia vida como movimiento es una acción inmanente que fundamenta a la acción transeúnte. "Y la acción inmanente, que ya de suyo es intencional, se manifiesta en la acción transeúnte, que viene a completarla, estrechando su relación con el mundo".[266] Así, la naturaleza del hombre la explica el Aquinate en tres niveles.

1. *Naturaleza humana orgánica o vegetativa*

A nivel vegetativo u orgánico, y sin hacer ningún ejercicio de deducción o de inferencia de alguna naturaleza humana metafísica, es posible identificar aquí el derecho a la vida, la defensa de la misma, o el derecho a la salud. Por otra parte, en este mismo nivel encontramos el derecho a la integridad física y moral. Del mismo modo, el derecho que tiene de buscar los medios para su subsistencia que permitan su desarrollo.[267] Derechos todos que

[264] Este punto ya lo he desarrollado con más detenimiento en Saldaña, J., "Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho", *RAP, Revista de Administración Pública*, México, núm. 105, 2000, pp. 3-18.

[265] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* I-II, q. 80, a. 2, c.

[266] Beuchot, M., *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino,* 2a. ed., 2000, p. 129.

[267] García López, J., *Individuo. Familia y sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino,* Pamplona, Eunsa, 1990, p. 19.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

constatan la aprehensión de dichos bienes como fines a preservar o conseguir.

Aquí también encontramos la inclinación que conduce a la propagación y conservación de la especie a través de la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la "comunidad primaria de la especie humana".[268] Derechos subsiguientes a éste serían el derecho a contraer matrimonio, o también la facultad que tienen los padres a la crianza de sus hijos, o a la educación que desean éstos recibir, etcétera.[269]

Esta misma fuente normativa no sólo actúa a nivel del reconocimiento de *derechos*, sino que su verdadera y más fuerte juridicidad se la dan sus correlativos *deberes*. Esto es, la juridicidad de la naturaleza humana no se circunscribe exclusivamente al establecimiento de tales derechos, sino particular y prioritariamente al reconocimiento de los deberes que exige, la *debitud* que en ellos hay.

Cada una de estas inclinaciones naturales del hombre las lleva éste a efecto, primero, en relación con su medio físico, y segundo, en relación con sus congéneres. Así, el hombre necesita de la sociedad, y ésta *debe* proporcionarle los medios para satisfacer dichos derechos, o al menos crear las condiciones y medios para conseguir satisfacerlos. De este modo, el indigente —por ejemplo— teniendo por naturaleza el derecho humano a la alimentación, la sociedad tiene el *deber* de proporcionarle los medios que le sean necesarios para sobrevivir y desarrollarse. Si jurídico es el *derecho*, no lo es menos el *deber* correlativo-colectivo que lo respeta, y hace derecho. En esta relación de *debitud* o *deuda* encontramos igualmente juridicidad.

Colocando otro ejemplo, podemos poner el caso del derecho a la vida, que en el plano de la existencia es el más importante, y que exige de la sociedad un *deber* de respeto absoluto e incon-

---

[268] Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural,* 8a. ed., Pamplona, Eunsa, 1994, p. 145.

[269] Una explicación desde la visión tomista de lo que son derechos naturales subsiguientes y derivados puede verse en *ibidem,* pp. 92 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

dicionado de tal bien. Aquí, como en el caso anterior, el *debitum* actúa como un criterio de juridicidad.[270]

2. *Naturaleza humana sensorial*

Importantes tomistas[271] han reconocido que el aspecto sensorial del hombre abarca dos ámbitos, uno cognoscitivo y otro apetitivo. El primero se divide en externo e interno. Dentro del externo tendríamos los cinco sentidos con sus respectivos objetos, donde hay intencionalidad y acción, donde igualmente se demuestra su carácter relacional o *dialógico*. En los internos, como el sentido común, se dan a conocer los actos de los sentidos propios y discernir sus distintos objetos, la imaginación y la cogitativa. La primera, "que forma por su cuenta representaciones con los datos de los sentidos y de este modo los trasciende".[272] Y la segunda, "que nos da el conocimiento bien configurado de lo individual como existente en una naturaleza común, con lo cual dispone la imagen para la abstracción intelectual".[273]

El apetito sensible que se da en este nivel se conoce como sensualidad, y se divide en concupiscible e irascible. "El primero busca lo conveniente y evita lo nocivo; el segundo incita a defenderse contra las adversidades".[274] Como en el anterior nivel, la naturaleza humana igualmente actúa como fuente normativa, al reconocerle al hombre también derechos. Así, es posible identificar aquellos derechos radicados en los sentidos, externos e internos. Por mencionar algunos, estarían el derecho que tiene

270 Schouppe, J., P., *La concepción realista del derecho*, Pamplona, G. Navasal-Canteras, 1984, p. 67.

271 Ocariz, F., "Rasgos fundamentales del pensamiento de Santo Tomás", *Tomás de Aquino también hoy*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 73 y ss.; Beuchot, M., *Introducción a la filosofía de..., cit.*, p. 131.

272 Beuchot, M., *Introducción a la filosofía de..., cit.*, p. 130.

273 *Idem.*

274 *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

todo ser humano a la felicidad, o el de la afectividad o amor, la experiencia estética o literaria, etcétera.

Los deberes correlativos de estos derechos parecen igualmente claros; es necesario, para la consecución del bien común, configurar la organización social para un trabajo colectivo que conduzca a conseguir los bienes necesarios para todos los miembros de la sociedad.[275] Parece que el deber de solidaridad o fraternidad mutua, como compromiso real por el otro(s), por los más menesterosos, podría ser ubicado en este punto.[276]

3. *Naturaleza humana racional*

En la *Summa Tehologiae* I-II, a. 2, Tomas de Aquino establecerá textualmente que, en tercer lugar, "hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y vivir en sociedad". También aquí, como en el anterior nivel, encontramos un aspecto cognoscitivo y otro apetitivo. En el primero se ejerce el intelecto y la razón; ambos conocimientos, uno simple y unitario, y el otro compuesto y sucesivo. Por otra parte, el aspecto apetitivo más propio del mismo hombre es la voluntad, "que supera el apetito natural o sensible y se constituye como racional y libre; tiende al bien común —y no sólo al particular—, tanto general como específico".[277] En este nivel, y estando el hombre constituido tanto racional como volitivamente, él participa de una vida tanto teórica como práctica.

Aquí, los derechos radicados en la naturaleza humana racional son perfectamente identificados. El hombre está esencialmente inclinado a la búsqueda de la verdad, lo que se traduce en

[275] *Ibidem,* p. 131.

[276] Millán Puelles, A., *Persona humana y justicia social,* México, Mi-nos, 1990, pp. 41-57.

[277] Beuchot, M., *Los principios de la filosofía social de..., cit.,* p. 21.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

describir, explicar, comprender y juzgar las cosas correctamente. Es lo que John Finnis explicaría como una forma básica del bien humano: "El conocimiento".[278] Tomás de Aquino se referirá en un primer momento a la búsqueda de la verdad acerca de Dios, y después, él mismo lo hará extensivo al conocimiento de tal verdad en el resto de las cosas. De modo que el hombre tiene derecho al conocimiento (teórico y práctico), a la participación en él y a la difusión de éste.[279]

Estando constituido el hombre por inteligencia y voluntad, y siguiendo esta última a la primera, nos ubicamos en el terreno de la libertad. El hombre, por su naturaleza humana, es esencialmente un ser libre, dotado para la libertad, la que en el campo jurídico encuentra diferentes y muy distintas expresiones, como la de tránsito, de acción, de participación, de elección, etcétera.

Tomás de Aquino complementará estas inclinaciones racionales y las extenderá, no sólo a la búsqueda de la verdad sobre Dios y sobre el resto de las otras cosas, sino también a todas aquellas que el hombre satisface cuando observa su natural inclinación a vivir en sociedad y a participar en la organización de ésta, guardando la armonía y la buena marcha de la misma. Sólo por mencionar algunos, podríamos citar los diferentes derechos, que bajo el de asociación se reconocen; o los derechos de participación política, como el votar y ser votado, los que lo hacen participar en la vida organizacional de la *polis*, etcétera.

Es fácil señalar que el derecho de libertad religiosa se ubica en la aludida inclinación natural del hombre a la búsqueda de la verdad acerca de Dios. En tal inclinación podemos igualmente reconocer el derecho de creencia o de culto (público o privado), que no son sino especie de tal inclinación por la que el hombre rinde culto, acatamiento y obediencia a Dios o la divinidad,[280]

---

278 Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 91-111.

279 García López, J., *Individuo. Familia y sociedad. Los derechos humanos en..., cit.,* p. 19.

280 Para un estudio detallado del derecho de libertad religiosa y de las rela-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

"del cual depende y al cual está destinado como su último fin".[281] Habría que precisar igualmente que el pensamiento moderno ha colocado, al lado de tal libertad, y quizá sin demasiada justificación, el derecho de libertad de conciencia, estableciendo en la práctica totalidad de los documentos internacionales de derechos humanos una trilogía: libertad de pensamiento, conciencia y religión como derechos humanos fundamentales.[282]

Sin embargo, la naturaleza humana como fuente normativa no sólo se circunscribe a las inclinaciones naturales reseñadas ni a los derechos humanos enunciados. Siendo una naturaleza unitaria, en proceso de perfectibilidad, y por tanto abierta a la adición y a la historia,[283] incluye otra serie de inclinaciones, y por tanto de derechos. Hervada las ha desarrollado con especial lucidez. Así, en el hombre encontramos, por su propia naturaleza humana, una inclinación o tendencia al trabajo "como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella la tendencia al descanso y a la actividad lúdica".[284]

Una más de las inclinaciones la enuncia Finnis como el razonamiento práctico, "referido a la capacidad de decisión en los actos con trascendencia ética". Es, en mi opinión, la calificación moral de los actos humanos que el hombre realiza en su actuar, actos que bien han sido ya realizados o que hayan sido ya llevados a efecto.[285]

---

ciones Iglesia-Estado, *cfr.* Saldaña, J. y Orrego, C., *Poder estatal y libertad religiosa. Fundamentos de su relación,* México, UNAM, 2001, *passim.*

281 García López, J., *Individuo. Familia y sociedad. Los derechos humanos en..., cit.,* p. 20.

282 Hervada, J., "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", *Persona y Derecho,* 11, 1984, pp. 13-53.

283 Para una explicación general de la concepción dinámica del derecho natural y de la naturaleza humana puede verse Saldaña, J., "Derecho natural", *Diccionario jurídico mexicano,* D-E III, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 333-338.

284 Hervada, J., *Introducción crítica al..., cit.,* p. 145.

285 Finnis, *Natural Law and Natural…, cit.,* pp. 148-154.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Como sucede en los otros niveles, el carácter jurídico de estos derechos le viene dado por sus deberes respectivos. Todas imponen exigencias a la sociedad. En el caso más específico de las inclinaciones y derechos de la naturaleza racional, los deberes son de rectitud en todos. Así, por ejemplo, la inteligencia impone al hombre una exigencia o deber con la verdad, "de respeto en la información y en la comunicación así como en la provisión de bienes culturales".[286] La razón de orden, en el pensar especulativo y práctico; la voluntad un deber de comportamiento, de acuerdo con la razón; de la libertad, un deber de atención a la responsabilidad comunitaria.[287] Todas ellas en un contexto de *debitud* social o colectiva, en la que se actualice siempre la vieja fórmula romana, de "dar a cada uno su derecho, su cosa justa, en definitiva, su deuda".

XII. Conclusión general

El carácter puramente descriptivo de este trabajo me obliga a exponer una conclusión general de la visión política que Tomás de Aquino tuvo. Así, varias podrían ser las ideas que convendría destacar en este intento de conclusión general. Creo, sinceramente, que la noción más importante en la visión política que Tomás de Aquino tuvo, enraizada en la propuesta aristotélica, fue sin duda la de entender que el Estado o comunidad civil era la sociedad más perfecta de cuantas habían existido, pues tenía como tarea primigenia la consecución del bien común, el logro del bien moral para cada uno de sus miembros. De este modo, el Estado fue concebido por el Aquinate no como un *Leviatán,* represor de los intereses egoístas de los hombres, sino como una instancia donde ellos se hacían virtuosos cumpliendo las leyes dadas por quien conocía y sabía, por ser también virtuoso, lo que es *el bien moral del hombre.*

286 Beuchot, M., *Introducción a la filosofía de..., cit.,* p. 133.
287 *Idem.*

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Esta idea, desarrollada a lo largo de la presente exposición, podría parecer vaga y hasta utópica para el pensamiento moderno; sin embargo, creo francamente que la explicación dada por Tomás de Aquino sobre la justicia como la virtud cívica por excelencia, y en definitiva como el contenido mismo del bien común, ayudaría, si es tomada en serio, a mitigar en parte los desastrosos resultados de la propuesta política del Estado moderno. De ahí nuestra intención de exponer, aunque sea brevemente, sólo algunos de los pincelazos de la reflexión política de una obra que habría sido calificada por León XIII como "la única filosofía verdadera".

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo séptimo

LA HERMENÉUTICA Y LOS DERECHOS HUMANOS

I. Introducción

En este ensayo pretendo plantear los problemas y esclarecer lo mejor que pueda algunos de los conceptos principales que atañen a la interpretación de los derechos humanos. El problema fundamental es el de cómo realizar estos derechos en una sociedad multicultural. Eso requiere del diálogo intercultural, y éste de la hermenéutica, y de una muy especial. De acuerdo con ello, comenzaré delineando la noción misma de derechos humanos. En seguida pasaré a la noción de hermenéutica, en general. Después podré abordar el tema de una hermenéutica analógica, que es la que me parece que puede resolver el problema, y será la que usaré. En seguida hablaré de la interpretación y el derecho, para justificar la utilización de la hermenéutica en lo relativo a los derechos humanos. Posteriormente, accederé a la aplicación más concreta de la hermenéutica analógica al derecho como tal y, consiguientemente, a los derechos humanos. Allí diré cómo pienso que se puede aplicar dicho instrumento conceptual a la situación de los derechos humanos en un ambiente multicultural.

Con esto tendré más o menos desbrozado el terreno para poder aprovechar el rendimiento que pueda tener una hermenéutica analógica aplicada al tema de los derechos humanos, lo cual tiene su mayor grado de dificultad en la situación de multiculturalidad, pues en ella pueden ser interpretados de maneras diferentes, incluso contrarias. También incursionaré, finalmente,

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

en los presupuestos de antropología filosófica que están detrás de los derechos humanos; es decir, qué idea de hombre suponen.

II. Noción de derechos humanos

Aquí entenderé los derechos humanos como aquellos que tiene el hombre por el mero hecho de serlo.[288] Ya han sido positivados en varias generaciones, pero siguen teniendo un carácter natural o, por lo menos, más allá de la sola positivación. Por eso han sido reconocidos, por algunos, como derechos morales, es decir, más allá de la pura juridicidad y entrando en el campo de la ética, en el que echan sus raíces.

También por ese mismo hecho tienen un llamamiento a la universalidad; o sea que, no solamente pertenecen al hombre por su propia naturaleza, sino que además pertenecen a todo hombre, en todas partes.[289]

Esto hace que, aunque no hubiera una instancia coercitiva o represiva que los hiciera valer, valen por sí mismos. Están recomendados directamente a la conciencia del ser humano. Es lo que Kant veía como *argumentum ad humanitatem*, no sólo *ad hominem*.

Y esto hace que valgan también para todas las culturas, es decir, no se quedan en ser un fenómeno cultural; por ejemplo, europeo, sino que están más allá de las culturas; valen para todas ellas. También valen por encima de los tiempos, o sea que, están más allá de la historia, no se reducen a ser un fenómeno histórico, de determinado momento, sino que tienen validez independiente de la historicidad. Es aquí donde vemos que la naturaleza humana se manifiesta históricamente, se da en un momento preciso, pero, asimismo, rebasa sus estrechos límites.

---

[288] Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989, pp. 13 y ss.

[289] *Ibidem*, pp. 41 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Cada vez se va teniendo menos miedo a la naturaleza humana como fundamento de estos derechos, sobre todo por obra de la filosofía analítica, que ha llegado a un esencialismo ontológico en el que se aceptan clases naturales, esto es, naturalezas o esencias de las cosas y, entre ellas, de la especie humana. La filosofía analítica ha rebasado hace tiempo el giro positivista, y ha entrado en un giro pragmatista, en el que, sobre todo gracias a Peirce, a Quine y a Putnam, la ontología es bien recibida. Y, en el ámbito de la filosofía continental, ya no se considera la ontología como enemiga de la hermenéutica, sino que ésta es una buena acompañante de aquélla. Por consiguiente, podemos pasar a la hermenéutica.

III. Noción de hermenéutica

La hermenéutica es la disciplina de la interpretación de textos.[290] La llamo "disciplina" porque es ciencia y arte, contiene elementos de raciocinio, pero también de intuición, de cierta sensibilidad. Y la noción de texto es muy amplia, pues abarca no solamente al escrito, sino también al diálogo y a la interacción significativa. Por eso, más allá de los códigos y de las conversaciones acerca de ellos, los derechos humanos pueden verse como un texto vivo en su aplicación en la sociedad, tanto en el caso de que sean protegidos como en el caso de que sean violados. Se puede, así, reflexionar sobre ellos para defenderlos.

La hermenéutica misma lleva ya una prologada historia en su relación con el derecho, en forma de hermenéutica jurídica. Ha servido para interpretar los textos legales, pero también para examinar las acciones que se relacionan con ellos, sobre todo las que son violatorias de los derechos mismos y de las leyes.

Por eso la hermenéutica ha encontrado una aplicación muy vasta en el terreno de lo jurídico. Sirve para interpretar las leyes y los demás textos jurídicos, que muchas veces contienen ambigüe-

[290] Grondin, J., *¿Qué es la hermenéutica?*, Barcelona, Herder, 2008, pp. 161 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

dades; también sirve para elucidar los casos que se examinan, para ver cuál ha sido la falta en ellos, y poder actuar en consecuencia.

Asimismo, sirve para interpretar qué derechos hace falta positivar, con el fin de ayudar al hombre. Por eso se aplica para interpretar al ser humano y poder asignarle los derechos que le hacen falta, que le convienen, que son para su bien, pues de otra manera el derecho mismo carece de significado. Por eso se ha abandonado la acusación de falacia naturalista que se veía en el paso del ser al deber ser, de la descripción a la valoración o a la prescripción, ya que es precisamente lo que tenemos que hacer (y lo que de hecho hacemos) al legislar. Es, más bien, una obligación. Estudiamos al ser humano para ver qué derechos le son propios e inalienables. Los derechos humanos, pues, surgen de esta interpretación del hombre, de esta hermenéutica del ser humano que es la antropología filosófica.

IV. Noción de hermenéutica analógica

En la actualidad, la hermenéutica se encuentra dividida y tensionada hacia dos extremos igualmente peligrosos. Por un lado, las hermenéuticas unívocas pretenden una interpretación completamente clara y distinta, rigurosa y exacta; por ejemplo, las posturas racionalistas y positivistas de la modernidad. Por el otro, las hermenéuticas equívocas de la posmodernidad han desechado toda objetividad y verdad en la interpretación, y se contentan con una muy débil o caen incluso en el relativismo extremo y, a la postre, en el escepticismo. Por eso ha hecho falta buscar una tercera vía, un término medio y mediador, que es una hermenéutica analógica, que no pretende la exactitud de la unívoca, pero tampoco se hunde en la vaguedad de la equívoca.

En efecto, la hermenéutica analógica trata de incorporar el concepto de analogía a la interpretación.[291] La analogía es un modo de significar intermedio entre el unívoco y el equívoco. El

[291] Beuchot, M., *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 5a. ed., México, UNAM, 2015, pp. 37 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

unívoco es claro y distinto, riguroso y exacto, pero raramente alcanzado; en cambio, el equívoco es oscuro y confuso, y destruye la comprensión. A diferencia de ambos, el análogo no es pretencioso de una exactitud inalcanzable; tampoco se derrumba en un relativismo excesivo.

Así, una hermenéutica analógica no tiene la pretensión de la hermenéutica unívoca, que aspira a alcanzar una interpretación completamente clara y exhaustiva de un texto; pero tampoco tiene la desilusión de la hermenéutica equívoca, que renuncia a cualquier exactitud y se derrumba en la mera disolución.

La hermenéutica analógica está, pues, más allá de lo rígido y de lo ambiguo, y se coloca en una postura intermedia y mediadora. Nos podrá alcanzar la comprensión de textos que no son exactos, y nos podrá conseguir la suficiente claridad para no desvirtuar la interpretación.

Un instrumento interpretativo así dará la suficiente apertura para que haya diversas comprensiones de un texto, pero sin que se pierda la posibilidad de hacerlas confluir hacia una de ellas como la principal, guardando un orden en el que unas serán mejores que otras y, en definitiva, sin que se dispersen ni caigan en la equivocidad.

V. La hermenéutica y el derecho

En el derecho se usa mucho la hermenéutica, a tal punto que se dan clases de interpretación jurídica en las facultades de esa disciplina.[292] Las leyes necesitan las más de las veces ser analizadas. Ha habido grandes escuelas de hermenéutica jurídica. La historia del derecho está recorrida por ellas. Romanistas, canonistas, iusnaturalistas y iuspositivistas han sido este tipo de escuelas de comprensión del derecho. Recientemente Ronald Dworkin fue célebre por su insistencia en reivindicar el carácter interpretativo de la cultura

[292] Vigo, R. L., *Interpretación jurídica*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 21 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

jurídica, en la *episteme* hermenéutica que se da en este saber. Es lo que toca a la jurisprudencia, que es un ejercicio sumamente hermenéutico, radicado en la interpretación.[293]

El jurista necesita la hermenéutica para interpretar las leyes y demás instrumentos jurídicos. El juez requiere de ella para ver si alguna ley se aplica al caso en cuestión. Esa concordancia del caso con la ley, o de la ley con el caso, es un ejercicio interpretativo del que no se pueden escapar los que realizan la administración jurídica.

Por eso la hermenéutica acompaña al derecho, para la aplicación de las leyes y los derechos a las personas, según la interpretación de ellas y la aplicación de éstas a los casos.

VI. La hermenéutica y los derechos humanos

También la hermenéutica ha sido aplicada al caso de los derechos humanos, ya que muchas veces se dan casos en que entran en conflicto algunos de ellos; por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho de que la sociedad sea defendida.

Son los que Dworkin llama "casos difíciles", en los cuales, al satisfacer un derecho humano, se lesiona otro.[294] Hay que buscar la manera de protegerlos a todos, y para ello se necesita una acuciosa interpretación del significado del derecho y de su correspondencia con el caso del que se trate.

Siempre que se intenta hacer el bien por medio del derecho, es decir, no sólo aplicar unívocamente la ley, sino buscar el beneficio de las personas, pero sin caer equívocamente en la deflación de la justicia, se tiene que acudir a una postura analógica, por la que se vea qué es lo que se puede alcanzar de exactitud en la interpretación jurídica y cuánto se puede alcanzar del bien de las personas. Es una especie de equilibrio prudencial, como el que se

[293] Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, pp. 43 y ss.

[294] *Ibidem*, pp. 146 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

debe dar entre las éticas de la justicia y las éticas del bien o de la vida buena. Interviene la *phrónesis* o prudencia.

VII. La hermenéutica analógica y el derecho

De alguna manera, se puede hablar de que la hermenéutica analógica ha acompañado al derecho. En efecto, el procedimiento por analogía se ha dado de manera muy amplia en él. Por analogía se encuentran las leyes que se ajustan a los casos, o los casos que se ajustan a las leyes.

La jurisprudencia es un ejercicio analógico, ya que es por analogía como se encuentra un caso semejante a otro para ver cómo se aplica en él alguna ley, y de esa manera ver cómo se aplica al caso en cuestión, que es semejante a él. Y en ello se debe equilibrar lo analítico y lo ético.[295] El aspecto analítico tiende al univocismo, y el ético corre el peligro de llevar al equivocismo; pero los puede equilibrar —e, incluso, superar— la prudencia. Y, ya que ella es una virtud sumamente analógica, la jurisprudencia lo será también. Igualmente, la epiqueya es una virtud muy analógica. Es la virtud de los jueces, por la que aplican la ley con toda equidad, pero tratando de hacer el bien; por ejemplo, sin dañar en exceso al culpable, sino aprovechar para ayudarlo a que se reintegre a la vida social.[296]

VIII. La hermenéutica analógica y los derechos humanos

En el caso de los derechos humanos, una hermenéutica analógica tiene aplicación no sólo por los casos difíciles, en los que hay colisión entre los derechos, sino, asimismo, por la dificultad que encierra el hecho del multiculturalismo.[297] Es decir, estamos en

295 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

296 *Ibidem*, p. 66.

297 Beuchot, M., *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2005, pp. 57 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

sociedades interculturales, y los derechos humanos pueden ser diversamente interpretados en una cultura o en otra. Pero no puede ser a tal punto que se rompa su naturaleza.

Así, no podemos sostener en esos casos una interpretación unívoca de los derechos humanos que obligue a todas las culturas reunidas a concebirlos de la misma manera; tiene que dejarse un margen para la diferencia. Pero tampoco puede permitirse una interpretación equivocista de tales derechos, porque algunas culturas pueden oponerse a ellos, o debilitarlos tanto que los despojen de su esencia.

Tiene que aplicarse una hermenéutica analógica, para que deje un margen de interpretación de los derechos humanos según la cultura de que se trate, pero sin llegar a lesionarlos en su verdadera significación. Por ejemplo, algunas culturas originales los interpretan en un sentido más comunitario, y eso está bien; sin embargo, no puede permitirse que los interpreten de manera tan diferente que les quiten su contenido auténtico.

IX. El problema principal

Tenemos, así, el planteamiento del problema al que llegamos, y al que dedicaremos lo que sigue de este texto para tratar de elucidarlo. Hay unos derechos humanos, que son fundamentales, demasiado importantes como para dejar que se pierda su naturaleza. Pero una de sus características esenciales es la vocación a la universalidad. Por lo que, si en alguna cultura son rechazados o interpretados de manera tan distinta que vayan en contra de su esencia, tiene que haber conflicto, se tiene que llegar a una discusión en la que se trate de salvaguardar su naturaleza original.

Por eso se conecta de manera tan estrecha este problema de los derechos humanos en ámbito multicultural con el tema de la interpretación; es decir, de la hermenéutica. Pero no se trata de una hermenéutica cualquiera. Una hermenéutica univocista intentará por todos los medios erradicar las diferencias y condu-

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

cir a una identidad sin matices, en la que los derechos humanos tendrán que ser entendidos por todos de manera igual, sin ninguna diferencia, ni siquiera de matiz cultural; en cambio, una hermenéutica equivocista será tan permisiva, que dejará que cada quien entienda los derechos humanos de manera totalmente diferente, incluso con la situación contradictoria de que se vaya en contra de su propia esencia. En cambio, una hermenéutica analógica salvaguardará el núcleo esencial de tales derechos, permitiendo las diferencias culturales que no vayan en contra de ellos mismos.

Es el espacio en el que se verá la fecundidad de una hermenéutica analógica, en la apertura que nos dé para tener derechos humanos en un ámbito de multiculturalismo. La analogía ayuda a conservar la identidad de esos derechos tan indispensables a pesar de la apertura que se dé para que haya diversidades culturales; esto es, para que las diferentes culturas puedan interpretarlos de manera diferente, pero no tanta como para quitarles su propia naturaleza.

X. La base ontológica: la antropología filosófica

Los derechos humanos corresponden a una idea del hombre, de la cual surge una ética y una filosofía política. Se trata de un modelo de antropología filosófica que subyace a la idea de tales derechos. Por eso tenemos que buscar, aunque sea someramente, a qué idea o modelo de hombre corresponden los derechos humanos y se pueden apoyar en él. Aquí sólo daré sus líneas esenciales.

En efecto, a toda empresa humana le subyace una idea del ser humano; esto es, una antropología filosófica o filosofía del hombre. Y aquí deseo articularla desde la hermenéutica analógica. Por eso es un personalismo analógico-icónico. Personalismo, porque está centrado en la noción de persona; pero también analógico, porque busca lo que es común y diferencial en el hombre; e icónico,

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

porque toma al ser humano como microcosmos, como el ícono o signo del universo.[298]

Se dedica a extraer, fenomenológicamente, las principales características del hombre para después analizarlas o interpretarlas a través de la hermenéutica, como una hermenéutica de la facticidad humana. Allí se busca, además, algo que permanece en el hombre, la condición que tiene, o la naturaleza humana, su esencia. Es verdad que ésta se muestra en sus obras, como en los productos culturales, y también como encarnada en la historia. Pero, a partir de la cultura y de la historia, puede extraerse, inferirse.

Se ve al hombre como un núcleo de intencionalidades; es decir, como un ser intencional, que distiende su ser hacia todo ser. En efecto, posee una intencionalidad cognoscitiva, una volitiva o emotiva y otra incluso ontológica. La intencionalidad cognoscitiva, como lo comprendieron Brentano y Husserl, es el transformarse o hacerse el objeto conocido, claro que psíquicamente, no físicamente. La intencionalidad volitiva es, como la entendió Freud, el polarizarse hacia los demás, para amar y desear; es decir, en el ámbito de la emoción, corresponde a la pulsión. El hombre es impulso, está distendido o polarizado hacia lo que está fuera de él, a lo que lo trasciende.

Por eso la hermenéutica, aplicada al hombre, desentraña no solamente su significado, su sentido, sino también su ser. Así como Heidegger en la ontología buscaba el sentido del ser, aquí buscamos, en la hermenéutica, el ser del sentido. Tiene que haber un sentido que dirija al hombre, que lo oriente; aun más, que lo impulse. Es el valor, la finalidad, la dirección hacia algo. Y así es el ser humano, se mueve por valores, se distiende en la vida y se lanza y empuja hacia adelante. Por eso he hablado de una intencionalidad ontológica, más allá de la cognoscitiva y la volitiva. El hombre es intencionalidad ontológica, intencionalidad de ser, lanzamiento y apertura hacia lo omniabarcante, que es el existir.

---

[298] El mismo, *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*, 2a. ed., Madrid, Instituto Emmanuel Mounier, 2004, pp. 19 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Esta hermenéutica de la facticidad del hombre nos muestra al ser humano como un ícono, como un símbolo, como una imagen del cosmos. Es el microcosmos, imagen del macrocosmos.[299] Es un análogo del universo. No solamente por la semejanza que guarda con todo lo existente, sino porque participa ontológicamente de todo. Del mundo mineral, del mundo vegetal, del mundo animal y del mundo espiritual, tanto por su cuerpo como por su alma.

Y ya que el hombre es un análogo, tiene los dos lados del ícono: la metáfora y la metonimia. Por su parte metafórica, el hombre tiene símbolos, ya que el símbolo tiene la estructura de la metáfora. Y los símbolos dan sentido; como las metáforas, distienden y dan alegría, nos levantan de lo cotidiano y nos impelen hasta el cielo de la poesía. Por su parte metonímica, el hombre está radicado en la realidad; la metonimia opera por contigüidad, nos da proximidad con la tierra, nos aferra al mundo, nos da un sentido de la realidad, del realismo. Son, así, las dos asas de la analogía y de la iconicidad, la metonimia y la metáfora, tendiendo cada una para un lado contrario, o distinto, pero, por lo mismo, siendo atadas por la analogía, que evita que se disparen en sus sentidos vectoriales. Las conduce a un vértice en el que se juntan.

Y con eso podemos entender las luchas y los esfuerzos que se han hecho por recuperar la noción de sujeto.[300] El sujeto ha pasado por numerosas crisis, por innúmeras críticas. La de Nietzsche, la de Heidegger, la de Foucault. De todas ellas ha salido mejorado, ya que se ha visto obligado a disminuir su narcisismo, y eso es una ganancia. Se ha recuperado como sujeto debilitado, como sujeto narrativo, como sujeto ético, ya no con las pretensiones que tuvo en la modernidad, en la que la ontología era egología. Pero guarda un resquicio para la ontología, para su parte metafísica. Es sujeto como sustrato, como algo sustancial, pero ahora

[299] *Ibidem*, pp. 57 y ss.
[300] *Ibidem*, pp. 79 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

se ponen más de relieve sus relaciones; el complejo relacional que lo constituye es una sustancia en relación, es una constelación de relaciones con los demás seres, sobre todo con las personas.

Por eso cabe una antropología filosófica como ontología de la persona, ya que la persona es lo más perfecto y acabado en el ser. Es el culmen de la metafísica, pero desplegada en varias dimensiones; por eso aterriza como antropología filosófica o filosofía del hombre. Se ha pedido una antropología sin metafísica, o en vez de la metafísica, como Ernst Tugendhat;[301] pero Paul Ricoeur nos recuerda que sin metafísica no hay conocimiento del ser y, por lo mismo, del ser humano; es decir, nos quedaríamos en un nivel demasiado fenomenológico, todavía insuficiente.[302]

Por eso también una hermenéutica del ser humano, que es como concibo aquí la antropología filosófica, con sus raíces ontológicas y sus miradas fenomenológicas. Ella nos ha de hablar, en especial, de las necesidades del hombre. Son necesidades que brotan de la misma naturaleza humana, no son inventadas, sino señaladas. Y de esta manera se van fundando y articulando los derechos humanos. Recordemos aquel adagio del antiguo derecho romano, de que toda necesidad engendra derecho. Es la idea que subyace a los derechos humanos, responden a las necesidades del hombre, tanto a las del cuerpo como a las del espíritu. Y también se basa en el respeto a la dignidad humana, que igualmente surge de la naturaleza del hombre.

De este modo, podemos ver que una cultura de los derechos humanos supone una concepción del hombre; esto es, una antropología filosófica. No basta con fundamentarlos pragmáticamente, porque sirven, o porque se desean, sino porque tienen la necesidad del ser, de la realidad; esto es, porque se necesitan, sobre todo para que el ser humano se realice como tal, para que satisfaga sus necesidades constitutivas y también sus legítimos deseos.

---

301 Tugendhat, E., *Antropología en vez de metafísica*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 17 y ss.

302 Ricoeur, P., *Sí mismo como otro*, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI, 2003, pp. 328 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Es decir, que satisfaga tanto una ética de la justicia como una ética de la vida buena, o de la realización plena de la persona.

XI. El problema de la fundamentación

Para la fundamentación de los derechos humanos requerimos una antropología filosófica en la que el hombre sea digno. Una de las fundamentaciones de esos derechos, que es la más aceptada, es la que los basa en la dignidad humana, como lo hacía Kant. Es la fundamentación kantiana de los derechos humanos, tal como se usa ahora, y es la más aceptada. Pero esa dignidad la tiene gracias a su esencia, a su naturaleza misma.

También esa antropología filosófica nos ha de señalar al hombre como libre, como dotado de capacidad de decisión, la cual va de la mano de su dignidad. Por ser racional y volitivo es consciente y responsable. Sujeto moral y político, y, por lo mismo, susceptible de derechos y deberes.

Igualmente, nuestra antropología filosófica nos muestra un ser humano que vive no sólo para sí mismo, sino para los demás, que es capaz de interesarse por los otros, y no solamente de sus propios intereses. Está en la línea de lo que Emmanuel Lévinas señala como los derechos humanos del otro hombre, ya que siempre partimos de los nuestros, y hace falta visualizarlos desde la perspectiva de los demás.[303]

Esta antropología filosófica, por lo mismo que nos habla de un ser humano libre, pero preocupado por los demás, está señalando a la democracia como el ámbito ideal para los derechos humanos. Más aún, parece que solamente en un ámbito de democracia son posibles, se los puede cumplir y proteger.

A los derechos humanos les corresponde una idea de hombre, en la que éste tiene capacidad deliberativa. La deliberación es la búsqueda de razones para la acción; por eso era tanto una

[303] Lévinas, E., *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-textos, 2001, pp. 241 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

parte de la prudencia como una parte de la retórica. Era lo que caracterizaba al individuo como ciudadano (*cives*, para los romanos). Era auténtico ciudadano el individuo capaz de deliberar; es decir, de argumentar a favor o en contra de lo que se proponía en la ciudad (*civitas*); y, por lo mismo, era susceptible de elegir o de ser elegido para puestos públicos. Inclusive la deliberación estaba asociada con las virtudes cívicas, ya que una de ellas era la disposición a dialogar, a entrar en los debates públicos a favor o en contra de una propuesta para la sociedad.

Éste es el modelo de hombre que ha apoyado la idea de los derechos humanos. El de alguien con ciertas necesidades y cierta dignidad, por lo que sus necesidades engendran derecho, y algunas unos derechos de dignidad máxima. Son los derechos fundamentales, que corresponden a sus necesidades más básicas. Pero también han de satisfacer sus necesidades que podemos llamar espirituales (cultura, religión, etcétera). Además, es un ser humano dotado de libertad; por eso únicamente pueden darse esos derechos en un ambiente de democracia, es decir, en donde se respetan esas libertades y se equilibran con la igualdad y con el interés por la comunidad.

XII. Conclusión

Tal es la conclusión a la que llegamos en este capítulo. He tratado de plantear claramente el problema, y para ello he intentado también definir y precisar lo más claramente posible los conceptos fundamentales que entran en juego. De esta manera, podremos desarrollar más fácilmente nuestro discurso, pues el raciocinio se asentará de mejor manera sobre las bases de unos conceptos bien dispuestos.

Todo el cuidado que pongamos no estará de más, ya que el derecho debe servir al bien de las personas, de la sociedad. Y cambia mucho la actitud jurídica cuando se pone esto como objetivo, el cual ya está en los terrenos de la ética, hace la conexión

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

entre el derecho y la moral, que tanto separó la modernidad, pero que ahora se trata de volver a conectar.

Se trata del problema de la naturaleza de los derechos humanos, y de su realización en diferentes culturas; más precisamente, en un ámbito multicultural, con el diálogo intercultural, que requiere de un instrumento interpretativo, al cual he denominado hermenéutica analógica.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo octavo

HERMENÉUTICA ANALÓGICA, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA EN UN MUNDO PLURAL

I. Introducción

En este capítulo me interesa relacionar la filosofía con la búsqueda de la justicia, y señalar como su realización el cumplimiento de los derechos humanos. Ellos son los que ahora representan el logro del bien común. Además, tiene que ser en un mundo plural; esto es, multicultural, intercultural. Me servirá de mediación la hermenéutica, porque es la que busca la comprensión a través del diálogo. Pero una hermenéutica particular, lo que me gusta llamar una "hermenéutica analógica", ya que evita el absolutismo impositivo de las hermenéuticas unívocas y el relativismo excesivo de las hermenéuticas equívocas. Trata de tener apertura, y aun cierto relativismo sano, pero sin caer en la demasiada apertura en la que se pierda la capacidad de universalizar. En efecto, los derechos humanos tienen una vocación de universalidad, lo cual indica que la justicia no se puede realizar en la sociedad sin cierta universalidad; esto es, no se puede reducir a los intereses del individuo o de alguna comunidad, sino que tiene que abarcar la universalidad máxima, la de la humanidad, porque son derechos que pertenecen al hombre por el solo hecho de ser hombre. Por eso conviene ver la manera en que pueden ser combinados con el interés multicultural, lo cual me parece que sólo puede hacer convenientemente una hermenéutica analógica. Empecemos con la aplicación de ésta a la búsqueda de la justicia, que tiene como otro nombre la democracia, que es el único ambiente en el que los derechos humanos

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

pueden realizarse. En otros ambientes, como en los totalitarismos o en los relativismos atomizadores, no pueden subsistir.

II. La búsqueda de la justicia

Lo que haremos ahora acerca de los derechos humanos conjunta a filósofos, politólogos y juristas. Esto, porque, antes de hablar de tan fundamentales derechos tenemos que hablar de la intencionalidad de una sociedad, que es el bien común, cifrado en la consecución de la justicia. Los derechos humanos son plasmación y cumplimiento de esa aspiración, son su realización; y, en verdad, sólo donde hay una situación democrática pueden darse, como el ambiente natural en el que pueden subsistir.[304]

Es, en primer lugar, una aplicación de la hermenéutica analógica a la filosofía política. De hecho, tiene el carácter de una hermenéutica analógica de la justicia. En efecto, los derechos humanos requieren una condición de posibilidad política, que es la democracia; sin ella son impensables. Pero, además, son el reflejo del deseo de cumplimiento de la justicia en la sociedad. Por eso es, en segundo lugar, una aplicación de la hermenéutica analógica al derecho, concretamente a los derechos humanos.

Así, pues, se trata de aplicar la hermenéutica analógica a la política y al derecho. Y es que, en verdad, la justicia está sumamente relacionada con la analogía. La analogía es proporción, y la proporción es dar a cada cosa la porción que le corresponde. En el caso de los seres humanos, en la sociedad, lo que les es debido, en lo cual consiste la justicia misma. Es como se la caracterizaba, según una definición ya clásica de la virtud de la justicia.[305]

Pero es que, ya de suyo la noción griega de virtud (de toda virtud) se coloca en la línea de la analogía, porque es, precisa-

---

[304] Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 29 y 30.

[305] Pieper, J., *Las virtudes fundamentales*, 3a. ed., Madrid-Bogotá, Rialp, Grupo Editor Quinto Centenario, 1988, pp. 85 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

mente, el sentido de la proporción, del equilibrio proporcional. La *phrónesis* o prudencia es el mejor ejemplo, porque ella consiste en la búsqueda del término medio de las acciones, al igual que de los medios para alcanzar los fines. La templanza es la proporción en la solución de las necesidades del hombre, dejando para los demás, para los otros en la sociedad. La fortaleza es la proporción en la consecución de ese equilibrio entre las fuerzas que componen un todo social.

Y la justicia es también proporción o analogía, en sus tres formas de justicia: conmutativa, distributiva y legal. En la conmutativa, porque ella consiste en guardar la debida proporción entre los bienes o servicios que se dan y lo que se paga por ellos. La justicia distributiva es la proporción entre el Estado y los individuos a los cuales les da según sus necesidades y méritos, en equilibrio proporcional. Y la justicia legal consiste en la salvaguarda de la debida proporción entre los administradores de la justicia y las partes en litigio, etcétera. Todo ello indica que la proporción o analogía está presente en la justicia. Por eso he dicho que es un acierto de Obando el ver esto como una hermenéutica analógica de la justicia, pues, de hecho, es una interpretación de lo que no debe faltarle.

Esta última especie de la justicia, la legal, es la que conecta la justicia con el derecho, pues versa sobre la administración correcta de la justicia. Es el ámbito de la ley y del derecho. Y en él se encuentran los derechos humanos, que, según hemos dicho, quieren ser el cumplimiento de la justicia en la sociedad, para el hombre.

No se deje de lado la otra cara de la justicia, que es el bien. No en balde se dividen las éticas en éticas de la justicia y éticas del bien o de la buena vida o de la calidad de vida. En efecto, el ideal de buena vida es lo que da sentido a nuestra búsqueda de la justicia, pues es el ámbito en el que pretendemos realizar nuestros ideales de vida o de felicidad o de realización. De modo que prácticamente viene a formar parte de esa búsqueda de la justicia que todos tenemos.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Muchos derechos humanos pertenecen al ámbito de la justicia, porque aseguran lo mínimo aceptable de igualdad, seguridad, etcétera. Pero otros responden a los ideales de buena vida, y tratan de plasmar en ellos mismos las cosas que el hombre ve como manifestación de una vida buena, de un ideal de vida que se tiene que realizar y concretizar en la sociedad.[306]

Hay que saber aplicar la hermenéutica con mucho tino en estos menesteres. Y tiene que ser una hermenéutica no unívoca ni equívoca, sino, como hemos visto, una hermenéutica analógica, que vaya más allá de la imposición (a veces injusta) de la primera y de la ambigüedad (a veces culpable) de la segunda, una que medie dialécticamente entre esos dos extremos viciosos. Ella se manifiesta útil para la filosofía política y para la filosofía del derecho. En forma de hermenéutica jurídica, sobre todo, aplicada a varios campos, principalmente al de los derechos humanos.

Por eso, para aplicar la hermenéutica, sobre todo una hermenéutica analógica, he expuesto algunos puntos esenciales de la filosofía política, como el anhelo de la justicia y búsqueda de una sociedad democrática, pues sólo en ella podrían existir los derechos humanos). Después, en coherencia con lo anterior, viene el mundo del derecho, tiene un componente hermenéutico muy notable, y en que puede ayudar la hermenéutica analógica, sobre todo para permitir el paso del ser al deber ser; esto es, del conocimiento del hombre al derecho que le resulta adecuado, sin que se hable de falacia naturalista, ya que filósofos muy recientes, como Hilary Putnam, hacen ver que no hay falacia en ese paso, sino que es muy necesario para la ética, la política y el derecho. Es, precisamente, donde surgen los derechos humanos, que pretenden ser derechos que respondan a la misma esencia o naturaleza del hombre. Se habla de fundarlos en las necesidades humanas, o en la dignidad humana, pero ambas corresponden a la naturaleza humana, surgen de ella.

---

[306] Grueso, D. I., *Rawls. Una hermenéutica pragmática*, Cali, Colombia, Universidad del Valle, 1997, pp. 59 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Asimismo, se nos presenta la filosofía política como una hermenéutica analógica de la justicia.[307] En realidad, esa interpretación del ser humano a la que acabamos de aludir es la que permite encontrar y caracterizar la justicia, y señalar, en consecuencia, en qué circunstancias se está cometiendo injusticia. En todo caso, es lo que nos permite buscar la justicia para el ser humano en toda su perfección.

Esto nos coloca en el punto de encuentro de la hermenéutica y los derechos humanos. La hermenéutica interpreta al hombre, para ver qué ética, qué política y qué derecho le son convenientes. En el caso del derecho, singularmente tiene que ver qué derechos le son indispensables, son los más básicos o fundamentales, los derechos humanos.

III. Derecho y justicia: los derechos humanos

No se puede olvidar que, desde antiguo, la idea de derecho ha estado vinculada a la de la idea justicia. Por eso se escribían tratados *De iustitia et iure*. Es decir, el derecho consistía en el cumplimiento de la justicia, reflejada en las leyes. Hay que rescatar esa idea antigua y clásica de que el derecho tiene como objeto la justicia, de que el *ius* tiene como meta la *iustitia*; por eso dichos tratados se llamaban *De iustitia et iure*, como indicando dos cosas que no se pueden separar. Son dos aspectos que han de acompañarse siempre, que están el uno en función del otro. Y con ello se recupera esa dimensión ética del derecho con la que se la quiere volver a conectar.

Es el aspecto humano del derecho, con el que se recuerda que el derecho está para servir al hombre, para buscar el bien común, para el bienestar de la sociedad. Con ello no solamente se recupera el lado de la justicia que va con el derecho, sino el lado del bien, de la buena vida o vida buena (calidad de vida o

[307] Beuchot, M., *Filosofía política*, México, Torres, 2006, pp. 139 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

realización, etcétera), que va más allá de la justicia, al bien. Y con ello humanizamos el derecho, lo ponemos al servicio del hombre, para que no esté al revés, como a veces ha estado, el hombre al servicio del derecho, de la ley. Para eso se necesita la intervención de la hermenéutica, y de una hermenéutica analógica; de la hermenéutica, para que se interprete la intencionalidad del derecho, y de la analogía, para que se interprete su intencionalidad humana, justa y benéfica.[308]

Esto lo tiene que resolver la hermenéutica, y para eso un aspecto de la hermenéutica jurídica enlaza el derecho con la antropología filosófica o filosofía del hombre. Hay que interpretar al hombre, conocerlo y comprenderlo, para poder darle un derecho que esté ajustado a sus necesidades. Ya ha pasado el tiempo en que esto se consideraba falaz, la famosa falacia naturalista, que consiste en pasar de lo natural a lo jurídico, de lo descriptivo a lo prescriptivo, del ser al deber ser. Después de los trabajos de varios filósofos, entre ellos Hilary Putnam, ya no se ve ese paso como falaz, sino más bien como el más necesario. El propio Paul Ricoeur nos hace ver que la hermenéutica ha servido para que ese paso deje de ser considerado como falaz; se ha caído y ha desaparecido la falacia naturalista, que era de un iuspositivismo muy duro. Ahora más bien se exige ese conocimiento del hombre y de la justicia que se le debe para establecer una codificación jurídica que le sea conveniente.

Precisamente el cumplimiento de este ideal es el que se ve y se plasma en los derechos humanos. Éstos tienen una vocación universal, es decir, pertenecen a todo hombre por el hecho de ser hombre. Y se trata de realizar lo que es justo para él, lo que se le debe porque lo necesita. Porque sin eso no se puede vivir y, sobre todo, no se puede vivir como ser humano. A la dimensión de la justicia se añade la de la buena vida, la de la vida digna. Aquí se juntan la ética de la justicia y la ética del bien. Es la ética de

[308] Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 241 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

nuevo, que vuelve a los ámbitos de los que fue desplazada durante la modernidad. Ahora se lucha por reconectarla con las disciplinas humanas, con la política, la economía, el derecho, y todos los demás ámbitos en los que el hombre resulta afectado, incluso el de las ciencias naturales, no solamente el de las ciencias humanas y sociales.

Y en esto ayuda mucho la hermenéutica, porque nos hace interpretar al hombre, en sus necesidades y en su gran dignidad. Pero, sobre todo, una hermenéutica analógica, para evitar el univocismo de los positivismos a ultranza, que desencajan el derecho del hombre mismo, y no se preocupan de lo humano ni de lo justo, sino sólo de lo que está mandado o normado, y también para evitar un relativismo excesivo, como el de algunos teóricos posmodernos, que amenaza con acabar con la esencia misma de esos derechos tan fundamentales e importantes para todos.

Una hermenéutica analógica nos llevará a buscar la proporción, que es lo que significa en griego *analogía*, en la comprensión del hombre, para destacar su dignidad y sus necesidades, a las que deben responder los derechos humanos.[309] Y nos ayudará a encontrar lo justo humano, ya que precisamente la proporción es el esquema y modelo de la justicia, y la justicia es exactamente lo que tratan de conseguir y de hacer real los derechos humanos.

Tal vez ahora el enemigo común que tenemos es el del relativismo inmoderado, que amenaza con desvirtuar o destruir los mismos derechos humanos. Ya ha pasado el tiempo en el que el enemigo era el absolutismo racionalista, que fue contra el que se rebeló la posmodernidad. Pero ya se ha atacado mucho a la modernidad y, en cambio, se nos ha colocado en una situación en la que abundan y proliferan los relativismos, a cual más de desmesurado. La posmodernidad ha amado la diferencia, la ha tomado como bandera, en contra de la igualación que pretendió la modernidad. Eso sirvió para resistir a la globalización, pero

[309] Beuchot, M., *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2004, pp. 57 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

ahora tenemos el fantasma del relativismo disolvente. Ese es el auténtico enemigo de hoy. En efecto, por reacción contra la modernidad, la posmodernidad se fue a otro extremo igual de nocivo o más que el que estaba combatiendo, incurrió en lo mismo que criticaba. Ahora tanto defender la diferencia ha puesto en peligro la naturaleza de los derechos humanos. Además de que la posmodernidad, con sus excesos, está pasando, ya va de salida en el mapa filosófico, y se están planteando otros problemas, como el del multiculturalismo.

Ciertamente, hay un relativismo relativo, un relativismo moderado, o analógico, que hay que encontrar; pero tenemos que reflexionar para demarcarlo. Por eso conviene reflexionar sobre estos asuntos, de cara a la justicia y los derechos humanos. Porque son los nuevos problemas acuciantes y actuales, que exigen nuestra atención. Todo pasa, y ya ha pasado la preocupación por la diferencia, por la debilitación del pensamiento, por la muerte del hombre, etcétera, lemas todos ellos de la posmodernidad, que ya parece agotada y de salida. Hay que atender a los derechos humanos en un ámbito multicultural.

IV. Los derechos humanos en un mundo plural

Algo que considero importante realizar es conectar las reflexiones sobre la justicia y los derechos humanos con el multiculturalismo, y me parece que esto es muy pertinente hacerlo. Este tema lo he tratado ya en mi libro *Interculturalidad y derechos humanos*,[310] y aprovecho para discutirlo ahora. Hablo de interculturalidad, y no sólo de multiculturalidad, porque se supone que las culturas interactúan, y a veces se afectan.

De hecho, la condición multicultural que encontramos en nuestro mundo es riqueza, por ejemplo, frente a la globalización, que pretende ser homogeneizadora y borrar las diferencias; pero este pluralismo pone varios problemas. ¿Qué hacer para concor-

[310] Beuchot, M., *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2005.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

dar la justicia con los ideales de vida buena? ¿Qué hacer cuando los derechos humanos son entendidos de manera diferente por las diversas culturas?

Suelen dividirse las éticas en éticas de la justicia y éticas del bien, o de la vida buena vida, o de los ideales de realización del ser humano. Es importante tratar de juntarlas, pues si bien todos los hombres desean la justicia, las diversas culturas ven de manera diferente el modo en que, dentro de esa situación de justicia, se realizarán los ideales de plenitud o felicidad de los hombres, los cuales suelen ser diferentes, a veces contrarios. Por ejemplo, lo que se considera vida buena para la mujer en algunos pueblos no es compartido por otros.

Y no basta con lograr la justicia, porque precisamente lo que da sentido a la justicia son estos ideales de vida buena, de realización o, como antes se decía, de felicidad. Por eso conviene pensar en el diálogo intercultural, sobre el que se ha hablado mucho, pero siempre está indefinido.

Una postura extrema es la del univocismo, que piensa que los pueblos o etnias en el diálogo cultural llegarán a un acuerdo pleno, basado en su capacidad razonable y por los argumentos que ofrezcan. Es la idea de Habermas de un a priori de la comunicación que nos hace entendernos, y la idea de que gana el que ofrezca el mejor argumento, como si eso fuera tan fácil de determinar. A veces también me da la impresión de que cae en cierto univocismo Charles Taylor cuando habla de que tenemos que llegar a comprender a los de la otra cultura como nos comprendemos a nosotros, o aun mejor.

Otra postura extrema es la del equivocismo, que piensa que los pueblos o etnias no pueden llegar a acuerdos, por lo que mejor conviene pensar la ética y la justicia al interior de una comunidad. De este modo se ha acusado a Alasdair MacIntyre, quien tiene un comunitarismo que ha llegado a ser interpretado como que en él todo gira en torno a la comunidad a la que se pertenezca, la cual establece qué virtudes son necesarias o convenientes dentro de ella.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Sin embargo, se puede pensar en una ética de virtudes sin que caiga en ese relativismo cultural, como la posición de Martha Nussbaum, que habla de virtudes que son necesarias a los seres humanos en la convivencia social y política, pero no quedándose en lo que determine la comunidad a la que se pertenece, sino atendiendo al ser humano.[311]

Esto es lo que trata de hacer en este caso una hermenéutica analógica. Respetar lo más posible las diferencias culturales, pero sin perder la capacidad de universalizar, ya que en la analogía predomina la diferencia, pero se no se pierde la tendencia dinámica hacia la identidad o universalidad. En el caso de los derechos humanos, se pueden admitir interpretaciones diferentes de ellos por las distintas culturas, pero no a tal punto que se pierda su intencionalidad, que apunta a la justicia.

Por ejemplo, a veces los derechos humanos en ciertas culturas y etnias se interpretan de una manera más comunitaria, y eso es hasta mejor; pero no se pueden aceptar interpretaciones que permitan conductas (usos o costumbres) que vayan, por ejemplo, en contra de la dignidad de las mujeres o de los niños.

Con esto se salvaguarda lo más posible la diferencia cultural, y digo "lo más posible" porque esa salvaguarda tiene límites, precisamente los que marcan los derechos humanos. Ya se ha discutido mucho el tema de la tolerancia, y se le encuentran límites, porque, si no, habría que tolerar la intolerancia, lo cual es contradictorio. Pero precisamente lo difícil es trazar esos límites, y eso es trabajo que nos compete a todos nosotros. Y en este caso, en el diálogo intercultural, en el que tenemos que contar con que las diversas culturas tienen diferentes ideas sobre la vida buena, y a veces acerca de la justicia, o de los mismos derechos humanos; aunque lo más frecuente es que los vean con matices distintos.

Hay situaciones en las que los derechos humanos son negados por alguna cultura, y aquí no vale ser tan relativista que se diga que hay que dejarlos así, puesto que siempre lo han hecho.

---

311 Hoyos Valdés, D., "Ética de la virtud", *Discusiones Filosóficas,* Manizales, Colombia, año 8, núm. 11, 2007, pp. 109 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Algunos teóricos hablan no sólo de poder intervenir en esos casos, sino de tener que intervenir. Esto lo había tratado Francisco de Vitoria, y lo ha retomado Ernesto Garzón Valdés,[312] aunque siempre queda, por supuesto, quien puede hacerlo y hasta dónde o de qué manera. No es válido que un país se autonombre el defensor de los derechos humanos, y máxime si va a lucrar de ese autonombramiento.

En suma, muchas veces tendremos que llevar el tema de la justicia, del bien y de los derechos humanos, al diálogo intercultural. Y entonces tendremos que velar por los límites. Y el saber de los límites es la prudencia, la *phrónesis*, que aplica la ley al caso, y es la analogía la que distingue, la que delimita, y esto es lo que necesitamos para nuestra hermenéutica. Una hermenéutica analógica, pues es allí donde tendremos que ajustar la ley al caso, lo universal a lo particular, para defender la diferencia del caso, que es individual e irrepetible, pero para defender también la igualdad de los derechos humanos, con su alta vocación a la universalidad.

Esto nos puede dar un nuevo paradigma para los derechos humanos. Recordemos que la Revolución francesa los esgrimió como cumplimiento de su lema, que contenía tres elementos: libertad, igualdad y fraternidad. El paradigma de la libertad es equívoco, pues ella permite muchos desmanes de los individuos contra sus semejantes, es lo que se ha dado en el liberalismo, en el modelo liberal, que permite la desigualdad equivocista. El paradigma de la igualdad es unívoco, pretende medir con el mismo rasero a los individuos en la comunidad; es el igualitarismo de Walzer y otros. Y el paradigma de la fraternidad es analógico, y es el modelo que nos está faltando, pues hemos ganado bastante en libertad, con las consecuencias malas que esto trae consigo; hemos ganado menos en igualdad; si no, que lo digan, por ejemplo, las mujeres, y casi nada en fraternidad, que es la asignatura pendiente. Aquí es donde puede intervenir una hermenéutica

[312] Garzón Valdés, E., "Intervencionismo y paternalismo", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 16/1, 1990, pp. 3 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

analógica, una postura abierta, pero firme, seria, sin tanta debilidad que haga que los derechos humanos se nos volatilicen entre los dedos, como polvo. La fraternidad, ahora en forma de solidaridad, es nuestra asignatura pendiente; tenemos que seguir trabajando en ella.

Sólo así podremos decir que hemos logrado un paradigma aceptable de los derechos humanos, que equilibre lo individual del liberalismo y lo comunitario del igualitarismo, que contenga derechos individuales y derechos comunitarios. Ahora se pretende que con los solos derechos individuales se pueden suplir los derechos comunitarios y alcanzar lo que ellos pretenden; pero está visto que no, que esto no es suficiente, y, así hemos de combinar derechos humanos individuales con derechos humanos comunitarios, así como han surgido varias generaciones de derechos humanos sociales y culturales. Abarcan lo social y lo cultural; por eso tenemos la encomienda del diálogo intercultural, según hemos visto. En todo caso, es, como dirían Raimon Pannikker y Boaventura de Souza Santos, privilegiar lo tópico sin olvidar lo universal, a través de una hermenéutica diatópica, que tiene mucho parecido con la hermenéutica analógica, pues, privilegiando las diferencias, alcanza a cerrar con una tendencia hacia lo universal.

V. Conclusión

Como hemos podido ver, la hermenéutica encuentra un campo fértil de aplicación en el derecho. Pero conviene tomar en cuenta que en la hermenéutica actual se ha dado la polarización y distensión entre las hermenéuticas unívocas y las equívocas, y ha estado faltando una hermenéutica analógica, intermedia y equilibradora. Esto se ve sobre todo en la jurisprudencia, pero también a la hora de interpretar las leyes y demás instrumentos jurídicos, donde muchas veces no hay la claridad que sería de desear. Hay hermenéuticas unívocas, que privilegian demasiado el ideal (o pretensión) de

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

identidad, de consenso; hay hermenéuticas equívocas, que privilegian demasiado la ausencia de claridad, de criterios de verdad o de bien, y descreen de la posibilidad de consensos mínimos; y una hermenéutica analógica podrá defender la diferencia, incluso privilegiarla, pero sin perder la capacidad de cuadrar con cierta identidad o universalidad, sin caer en un relativismo excesivo.

En especial, la hermenéutica, en su vertiente analógica, ayuda a rescatar la idea o ideal de que el derecho sirve a la justicia, refleja lo justo y trata de alcanzarlo, de realizarlo en la sociedad. Se trata de lograr un derecho más humano, y tiene que comenzarse por buscar una sociedad más humana, más democrática y equitativa. En esto se muestra ya fecunda la hermenéutica; no tiene por qué ser vista, como lo fue en algún momento, como apolítica o desinteresada de la dimensión ética del hombre. No en balde Gadamer la ha asociado a la vertiente práctica de la filosofía. Participa de la filosofía práctica, a través de la *phrónesis* o prudencia, que es virtud teórica, pero concernida con la praxis, con los asuntos cotidianos del hombre, que suelen ser los más trascendentales.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Capítulo noveno

LA LEY NATURAL EN SUÁREZ

I. Planteamiento

Desde hace tiempo resulta preocupante la situación de creciente relativismo moral que cunde en nuestra sociedad y nuestra cultura. Se piensa que no hay leyes fijas y seguras, que todas ellas se debilitan y aun se aniquilan al ser aplicadas a otros modos de pensamiento, e inclusive dentro de una misma cultura. Se llega al punto de considerar que cada individuo es la norma de su propia conducta, que todo se reduce al momento histórico que se vive, a la propia condición cultural, o inclusive a la situación, a la circunstancia. Por eso hemos buscado tesis y argumentos para tratar de frenar en alguna medida esa turbulenta corriente que lo derrumba todo a su paso, que no deja principio ni ley en pie, que niega validez universal a cualquier doctrina moral que pretenda erigirse en norma. Frente a eso hemos encontrado en Suárez algunas consideraciones relativas a la ley natural, que proporcionan reflexiones muy agudas y de una actualidad insospechada. Tocan elementos fundamentales del perenne problema de la fundamentación de la conducta moral del ser humano, así como de sus derechos, principalmente esos de los que ahora hablamos tanto y que son los derechos humanos.[313]

[313] De hecho, se ha encontrado una fuerte participación de las doctrinas de la Escuela de Salamanca, a través de la recepción que de ella hicieron mediante Suárez los modernos, en la idea de esos derechos de todos los hombres. *Cfr.* Abril Castelló, V., "Suárez, padre de los derechos humanos", *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 7, 1980, p. 47.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

II. Ley y derecho naturales

En su obra *Acerca de las leyes* (*De legibus,* cuya elaboración le llevó treinta años, entre 1582 y 1612), Suárez estudia la ley y el derecho naturales. Analiza ambas cosas, pues él agudiza la distinción, que ya se encuentra en Santo Tomás, entre ley y derecho: la ley como lo que sujeta la libertad para hacer algo, y el derecho como lo que da la libertad de hacer algo. El pensador granadino comienza preguntándose si la ley natural es la misma recta razón natural. En efecto, sobre esto hay una opinión según la cual la ley natural no es otra cosa que la misma naturaleza racional tomada en sí misma, en cuanto no implica ninguna contradicción, y es el fundamento de toda rectitud moral de los actos humanos. Pero Suárez no ve que la naturaleza humana, sin más y en sí misma, pueda ser ley de ninguna manera:

> [La] misma naturaleza racional, considerada exclusivamente en cuanto que es tal esencia, ni manda ni manifiesta ninguna rectitud o malicia, ni dirige o ilumina, ni produce ningún otro efecto propio de la ley. No podemos, por consiguiente, llamarla ley. A no ser que pretendamos utilizar el término "ley" de un modo totalmente equívoco y metafórico. En tal caso huelga la discusión. Partimos de la base de que el derecho natural es verdadero derecho y de que la ley natural es verdadera ley. Este es el sentir general no sólo de los tratadistas sino incluso de los cánones y leyes civiles.[314]

De acuerdo con estas palabras de Suárez, es posible considerar a la naturaleza humana como fundamento de la ley natural, pero no como ley natural en sí misma. Algo muy importante es que Suárez centra la ley natural en la naturaleza del hombre, que es la razón, y no en la naturaleza infrahumana.

Otra tesis dice que hay dos aspectos en la naturaleza racional. Uno en cuanto es fundamento de la conformidad o discon-

[314] Suárez, F., *De legibus,* L. Pereña y V. Abril (eds.), Madrid, CSIC, 1974, lib. II, c. 5, núm. 5, p. 63.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

formidad de las acciones humanas con ella. Otro en cuanto es cierta facultad que posee la naturaleza para discernir entre las obras que son convenientes o no a esa naturaleza, y en ese sentido es la razón natural. Pues bien, entendida del primer modo, la razón es sólo el fundamento de la ley natural, y entendida del segundo modo es la ley natural misma. Y ésta le parece la tesis más conforme con el pensamiento de Santo Tomás y con la verdad. Pero, como se ve, Suárez mantiene su idea. La naturaleza racional del hombre sólo es fundamento de la ley natural, no la ley natural misma.[315]

Por otra parte, suele preguntarse si la ley natural es acto o es hábito. Suárez sopesa dos opiniones, cada una de las cuales tiene sus firmes defensores; pero le parece más acertado decir que es ambas cosas, a saber: acto y hábito a la vez. En efecto, es un acto, pues es el juicio actual de la mente; pero, ya que la luz natural del entendimiento puede llamarse ley natural, es también un hábito, ya que el hombre la tiene virtualmente para cuando la necesita. Y la conciencia es distinta y más amplia que la ley, pues la ley es una norma establecida con carácter general, mientras que la conciencia es un dictamen práctico para un caso particular, o la aplicación de la ley a un caso concreto.

Pasa entonces a preguntarse si la ley natural es una ley divina preceptiva. Distingue entre ley indicativa y ley preceptiva. La indicativa sólo señala o muestra lo que es bueno y lo que es malo, sin mandarlo; la preceptiva además lo manda, por orden de algún superior. Una opinión al respecto dice que esta ley es sólo indicativa (sostenida por autores de línea nominalista, como son Gregorio de Rímini, Gabriel Biel, Jacobo Almain y Antonio de Córdoba). Gregorio de Rímini, que es a quien siguen los demás, llega a sostener que, aunque Dios no existiera o aunque no hiciera uso de la razón, o aunque El no juzgara de las cosas correctamente, con tal que el hombre se diera ese mismo dictamen de la

---

[315] Gallegos Rocafull, J. M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez,* México, Jus, 1948, pp. 183 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

recta razón —estableciendo, por ejemplo, que es malo mentir—, ese dictamen tendría el mismo carácter de ley que hoy tiene, ya que sería manifestativa de la malicia que existe intrínsecamente en el sujeto.[316]

Otra opinión sostiene lo contrario, que la ley natural es puramente preceptiva, manifestadora de un mandato o prohibición divina que proviene sólo de la voluntad de Dios, ni siquiera de su inteligencia. Es la opinión de Guillermo de Ockham, Juan Gerson, Pedro de Ailly y Andrés de Novocastro, todos ellos nominalistas. Es notable la atención que presta aquí Suárez a la secta de los nominales. Pero ninguna de las dos sentencias le parece aceptable tal cual, y busca una intermedia, que le parece, además, la más conforme con Santo Tomás. Y la establece así: "La ley natural no es sólo indicativa del mal y del bien; implica también una verdadera prohibición del mal y un mandato del bien".[317] Es, pues, las dos cosas. Santo Tomás dice que en el caso de la ley natural, y a diferencia de la ley puramente humana "—por estar contenida fundamentalmente en la ley eterna y secundariamente en la facultad de juicio de la razón natural— todo pecado es malo por estar prohibido".[318] Y nuestro granadino quiere ser fiel a Santo Tomás.

Por eso, a diferencia de los nominalistas mencionados, Suárez no deja toda la obligatoriedad de la ley natural al precepto divino, sino a cierta rectitud natural que se plasma en la razón. Es su segunda tesis, que dice: "La voluntad de Dios —prohibitiva o preceptiva— no es la razón total de la bondad y malicia que hay en la observancia o transgresión de la ley natural. Necesariamente supone una cierta rectitud o deformidad en esos mismos actos y les añade una especial obligación de ley divina".[319]

---

316 Suárez, F., *op. cit.,* c. 6, núm. 3, p. 81. Se ve en Gregorio de Rímini, mucho antes que en Grocio, la validez de la ley natural, incluso en el supuesto de que no hubiera Dios.

317 *Ibidem,* núm. 5, p. 84.

318 *Idem.*

319 *Ibidem,* núm. 11, p. 92.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Suárez asegura que esto se saca de Santo Tomás. Pero aquí está viendo, además —como algo preparatorio a lo que dirá la modernidad—, que la naturaleza sola no engendra ley, anticipándose a lo que Hume denunciará de la ley y la moral basada en la naturaleza, lo que después se llamará "falacia naturalista". Por eso Suárez tiene que acudir a un legislador, porque la naturaleza no legisla, y sería abusivo ver sus hechos como leyes. Ese legislador es Dios, sin el cual la naturaleza sola no engendra la ley natural.

De hecho, Suárez se pone a medio camino: la ley natural se basa en la rectitud que da la naturaleza; pero además necesita que haya una legislación explícita, establecida por algún legislador, y éste es Dios. Tiene que recurrir a Dios para que no se llame abusivamente "ley" a la ley natural, pues de este modo se cumple el carácter legal que puede tener lo que emana de la naturaleza. Por eso añade una tercera tesis: "La ley natural es una verdadera y auténtica ley divina y su legislador es Dios".[320] Asimismo, la legislación de algo por la voluntad de Dios puede quedar suficientemente indicado por el juicio de la recta razón, radicado en la naturaleza del hombre.

Es algo muy característico de Suárez —en la línea nominalista, más que tomista— este recurso al legislador divino. En Santo Tomás no hay tal necesidad, ya que hay cierta normatividad germinal en la naturaleza, la cual se explicita en la ley; pero Suárez —puesto que no toma muy en cuenta eso, preludiando la negación que de ello harán los modernos, sobre todo Hume— necesita un legislador que estatuya lo que se deriva de la naturaleza humana como ley natural. Suárez da peso a cierto voluntarismo (proveniente de los escotistas y nominalistas) frente al peso que Santo Tomás daba a la razón en la creación de la ley y el derecho.[321]

---

320 *Ibidem,* núm. 13, p. 95.

321 Carrillo Prieto, I., *Cuestiones jurídico-políticas en Francisco Suárez,* México, UNAM, 1977, pp. 25-31.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

III. Contenido y efectos de la ley natural

Esto por lo que hace al origen de la ley natural. En cuanto a su objeto o contenido, éste —dice Suárez— "abarca todos los preceptos o principios morales que tienen una evidente bondad, tan necesaria para la rectitud moral que lo opuesto a ellos comprende evidentemente desorden o malicia moral".[322] Las normas morales conocidas por la razón natural son de tres clases: 1) unas son los primeros principios generales de la moral, que son evidentes; por ejemplo, "hay que hacer el bien y evitar el mal", "no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti", etcétera. Éstos pertenecen propiamente a la ley natural. 2) Otras son principios más específicos o particulares, aunque siguen siendo evidentes por sus propios términos; por ejemplo, "hay que guardar la justicia", "hay que vivir con moderación", etcétera. También éstos pertenecen a la ley natural. 3) Otras son conclusiones que se derivan con inferencia evidente de los principios morales, las cuales sólo son conocidas por raciocinio, o discursivamente.

> Entre ellas —dice Suárez— hay muchas que llegan a conocerse con mayor facilidad y por un mayor número de personas, como, por ejemplo, que son malos el adulterio, el robo y otros actos semejantes. Otras conclusiones precisan un más profundo raciocinio y no son fácilmente conocidas por todos, como que la fornicación es intrínsecamente mala, que la usura es injusta, que la mentira no puede moralmente ser buena en ningún caso, y otras semejantes.[323]

Pues bien, también estas conclusiones pertenecen al objeto o contenido de la ley natural; sólo se les exige que posean un cierto grado de evidencia, de modo que tengan fijeza.[324]

---

[322] Suárez, F., *op. cit.*, c. 7, núm. 4, p. 113.

[323] *Ibidem*, núm. 5, p. 116.

[324] Respecto a esta fijeza y estabilidad, Suárez dice: "...demostraré más adelante que la ley natural no es propiamente mutable. Algunos preceptos suyos

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Suárez se pregunta en seguida si la ley natural preceptúa el ejercicio de todas las virtudes. Responde: "Si el precepto se toma en su sentido estricto —en cuanto obliga bajo pecado mortal— no es aplicable a todas las virtudes sino sólo a las especialmente importantes...".[325] A lo cual agrega: "Pero si en un sentido más amplio hablamos de obligación, incluso bajo pecado venial, en tal caso es probable que no exista virtud que no obligue a su práctica en alguna ocasión".[326] De modo que en alguna medida, o bajo distintos aspectos, reúne las dos cosas: de manera amplia la ley natural abarca todas las virtudes, pero de manera restringida, no.

Pasa Suárez a plantearse el arduo problema de si la ley natural es una sola para todos los hombres, cosa que parece ser negada por las diferencias culturales. En efecto, que es una sola lo han dicho ya Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás y sus comentaristas; pero surge la objeción de que diversos pueblos han tenido leyes contrarias a la ley natural. Suárez responde, con Santo Tomás, que la ley natural es una para todos, pero no todos tienen el mismo conocimiento pleno de ella. Tal vez en cuanto a los primeros preceptos de la misma no ha habido ignorancia, pero sí la ha habido en cuanto a los preceptos de carácter más particular. Explica el granadino:

> Cabe considerar en la ley natural preceptos negativos o afirmativos. Los negativos son y han sido siempre necesariamente los mismos en cualquier estado de naturaleza. Prohíben actos intrínsecamente malos que, por tanto, lo son en cualquier estado. Obligan asimismo en todo momento y, por ende, en cualquier estado siempre que se dé la materia propia de ellos. En cambio, los preceptos afirmativos ordenan también cosas esencialmente buenas y poseen también siempre la misma bondad. No obstante, al no

---

pueden versar sobre materia más o menos mutable, pero eso no altera formalmente la naturaleza de la ley", *ibidem,* núm. 10, p. 121.

[325] *Ibidem,* núm. 12, p. 122.

[326] *Ibidem,* p. 123.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

> obligar en todo momento, puede suceder que en una situación se presenten ocasiones de cumplir ciertos preceptos y en otro momento otros preceptos. Pero esto no basta para afirmar que la ley natural es diversa. Incluso en estado de naturaleza caída hay épocas de paz y épocas de guerra en las que se deben observar preceptos diferentes. También el arte de la medicina es el mismo aun cuando manda unas cosas en tiempo de salud y otras en tiempo de enfermedad. Así, pues, el derecho natural es siempre el mismo.[327]

Los preceptos negativos no permiten ninguna adaptación, pero los afirmativos o positivos sí, de acuerdo con lo que exige la circunstancia. Aquí es de notar que Suárez menciona, sólo de pasada, el estado de naturaleza, que será tan caro a los modernos, y dará origen a muchas discusiones, ya que era entendido de manera muy diferente por cada uno ese "estado natural", previo al estado político o civilizado.

Asimismo, y como anticipándose a los que objetan que la ley natural no es ley propiamente dicha, porque no está positivada y no tiene un poder coercitivo que la haga cumplir, Suárez establece que la ley natural obliga en conciencia, que es como decimos ahora que obliga la ley moral. La ley natural obliga, como la ley moral, en conciencia, y no porque tenga una fuerza coercitiva o policial. Es decir, obliga porque, además de ser mandada por Dios, es la regla inmediata de la rectitud moral. Y sigue siendo contraria a ella lo que es contrario a la razón. Suárez argumenta así: "Todas las cosas encierran en cierta forma un deber para con ellas mismas: el de no hacer nada opuesto a su naturaleza. Ahora bien, por encima de este deber, la ley añade una especial obligación moral".[328] Ciertamente, Suárez otorga un carácter impropio y casi metafórico a la ley natural en cuanto aplicada a todas las cosas, pues sólo el hombre es capaz de tener obligaciones; pero es la idea aristotélica y estoica de que incluso hay ciertas obligaciones de la ley natural que abarcan a todas las cosas, otras a todos

[327] *Ibidem,* c. 8, núm. 9, p. 135.
[328] *Ibidem,* c. 9, núm. 4, p. 139.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

los animales y otras sólo al hombre. Nos parece que es una manera de decir que la naturaleza impone cierta normatividad al ser humano, incluso desde los niveles más básicos. Es como una carga de moralidad que se da ya en el nivel de los hechos físicos o antropológicos. Parecen cuestiones de hecho, pero están cargadas de moralidad y legalidad, de manera implícita, que sólo el hombre, con la razón práctica, puede explicitar y aplicar en su moralidad y en sus leyes positivas. Tal es el contenido de la ley natural.

Asimismo, el derecho natural puede no sólo obligar y prohibir acciones, sino también invalidarlas. Esto se plantea sobre todo en el ámbito de los preceptos negativos, aunque también puede aplicarse a los positivos. En efecto, los actos contrarios a la ley natural en ciertos casos no son solamente malos, sino incluso nulos. Por ejemplo, un segundo matrimonio, efectuado cuando aún vive el cónyuge anterior, es nulo por derecho natural; o un matrimonio entre hermanos, o uno entre padre e hija. Así, Suárez propone dos criterios para encontrar esos actos nulos: uno "consiste en que cuando el derecho natural prohíbe un acto por defecto de competencia en quien lo realiza o por insuficiencia de materia, en esos casos el acto es nulo e inválido por su propia naturaleza".[329] Un ejemplo es el del segundo matrimonio.

El otro criterio "se da cuando se prohíbe un acto por la incorrección o fealdad moral que descubrimos en su objeto".[330] Un ejemplo de ello es el matrimonio incestuoso.

IV. Caracteres propios del planteamiento suareciano

Luis Recaséns Siches pone mucho cuidado en distinguir el iusnaturalismo de Suárez del iusnaturalismo de los modernos, sobre todo el de los teóricos racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Y dice que muchos iusfilósofos se han dado cuenta de que no se

[329] *Ibidem*, c. 12, núm. 4, p. 181.
[330] *Ibidem*, núm. 5, p. 182.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

aplican a Suárez las objeciones que se dirigen habitualmente a los racionalistas, como la rigidización del derecho natural; inclusive muchos de esos nuevos iusfilósofos llegan a decir que por ello Suárez resulta de mayor interés para los filósofos actuales del derecho que han visto la decadencia del iuspositivismo y quieren renovar el iusnaturalismo para que se pueda presentar hoy en día.[331] En efecto, para Suárez, el derecho natural es natural porque entiende la naturaleza no sólo como lo que de hecho es, sino también como lo que debe ser, por un valor y una teleología, por lo que ya tenía un contenido normativo. Así, no incurre en la dificultad de los iusnaturalistas modernos (Hobbes, Grocio, Tomasio y Puffendorf), que fundan el derecho natural en un hecho empírico humano; esto es, en un afecto (temor, sociabilidad, sentimiento de debilidad, etcétera). Como hemos visto, en Suárez la ley natural tiene —por el recurso al legislador divino— muy claramente ese carácter normativo, que evita que sea confundido con las relaciones causales del ser. La ley natural no es el hecho de cómo es la naturaleza humana, sino las consecuencias normativas de ello; por lo tanto, la naturaleza humana es la premisa de la ley natural, o, como ya dijimos, su fundamento.

> El hecho de la naturaleza humana no es la ley, sino la ocasión de ella. Esta es una parte de la ley eterna, que prohíbe o manda a la voluntad determinados actos, en mérito de las consecuencias racionales que trae consigo la premisa de ser el hombre un ente consciente y libre. La ley natural adquiere carácter obligatorio en cuanto se manifiesta como tal en la conciencia.[332]

Además, como ya hemos anotado, una cosa es la ley natural y otra su conocimiento, que puede fallar. La materia de la ley natural es la honestidad; es decir, la moralidad. Es seguir lo que es conforme a la razón humana. Lo que atañe a la conducta moral

---

331 Recaséns Siches, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suarez,* México, Jus, 1947, pp. 113 y 115.

332 *Ibidem,* p. 145.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

con carácter de absoluto o necesario le pertenece, ya en lo mandado, ya en lo prohibido, ya en lo permitido por indiferente, ya en la previsión de que ley humana pueda crear bondad o malicia en actos que antes eran de suyo neutros.

Por otro lado, en cuanto a la invariabilidad de la ley natural y la variabilidad de su aplicación, Suárez es más avanzado que todos los anteriores; pero también lo es respecto de muchos posteriores, como Grocio, Tomasio y Puffendorf. No plantea un derecho natural rígidamente codificado como el de ellos, sino un derecho natural racional, uno de cuyos sectores (el de los principios inferidos) es susceptible de concretarse en reglas diferentes según las diversas circunstancias. La ley natural es inmutable en los primeros principios (como hacer el bien y evitar el mal); también en los que se derivan de ellos por consecuencia lógica, mediata o inmediata; pero éstos pueden referirse a la naturaleza humana en cuanto tal (como respetar a los padres, no infamar, no matar injustamente, etcétera), o a materia contingente y mudable (como la propiedad privada o los efectos de ciertos contratos). Y en este último caso sus preceptos pueden cambiar, de acuerdo con las circunstancias; por ejemplo, el derecho de propiedad privada, que no es definitivo, sino que se ha aceptado para evitar ciertos males, pero que, si no los hay, puede modificarse o desaparecer, según las situaciones.[333]

V. Resultados

Llegamos ahora a nuestra conclusión. Hemos dicho al principio que buscamos en Suárez algunas respuestas a la crisis de la moral y del derecho por la situación circundante para remediar, frenar o mitigar el relativismo moral y jurídico que se ve proliferar hoy en

[333] Para otra diferenciación entre Suárez y los iusnaturalistas modernos (racionalistas y empiristas), *cfr.* Pérez Luño, A. E., “La concepción democrática de Juan Roa Dávila y el orden jurídico en Francisco Suárez”, en el mismo, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho,* 2a. ed., Madrid, Trotta, 1995, pp. 214 y ss.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

día. Efectivamente, hay una manera de rebasar la pura situación, la casuística, y es plantear ciertos principios —aunque sea unos pocos— que tienen carácter de inamovibles. Son solamente los precisos para ofrecer un punto de apoyo que evite la caída en el caos. Y, con todo, a pesar de que hay algunos principios estables, cada vez van descendiendo más y más a lo concreto, y van acercándose más a la circunstancia particular, a la situación, para aplicarse con toda justicia y ponderación al caso; no, por supuesto, de manera arbitraria y tramposa, sino buscando lo más que se pueda de comprensión de la condición humana y el amor a la persona. Tomando en serio las circunstancias de los individuos, evita las excepciones gratuitas y los privilegios indebidos. Trata de atender a lo particular sin renunciar a cierta universalidad cuidadosa. Es una universalidad matizada; o, si se prefiere, un relativismo con límites, los límites que traza el respeto al bien común, en el cual el primer favorecido es precisamente el individuo mismo.

Nos parece que se puede sacar de Suárez una buena lección aplicable a la problemática actual de la ley natural. La ley positiva no es suficiente para establecer el derecho. Esto lo reconocen los filósofos del derecho más actuales, como Hart y Dworkin; y el propio Bobbio habla de la crisis del iuspositivismo. Hasta añade que hay un sentido en el que él mismo sería iusnaturalista, a saber: el que le permitiría oponerse a un tirano que tratara de imponer una ley injusta. Si sólo admitiéramos ley positiva, no tendríamos defensa contra el déspota, ya que el legislador o el gobernante (según sea el caso) puede imponer prácticamente lo que le venga en gana. Por eso se ha visto que es necesario acudir a algo distinto de la pura ley positiva. Algunos ya han acudido a una ley natural. Pero se objeta que no es ley, o al menos no ley en el sentido jurídico, a saber: no es una ley jurídica; en todo caso es una ley moral, que indica la necesidad de trazar al derecho alguna relación con la moral. Para ser propiamente ley, debe tener un legislador y una fuerza coercitiva que la haga cumplir. Esto ya aparece en los nominalistas tardomedievales, y parece recrudecerse en la modernidad.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

En ese sentido, Suárez preconiza la modernidad, en cuanto se siente obligado a introducir a Dios como legislador directo de la ley natural. Sin embargo, dado el pluralismo cultural que se da hoy en día, nos parece preferible plantear la ley natural sin la hipótesis directa de su dependencia con respecto de Dios. De hecho, porque la ley natural es, en definitiva, un reflejo y una plasmación de la ley eterna. Pero también es algo que el hombre puede encontrar en su contacto racional con la naturaleza. Por eso preferimos poder dar una argumentación diferente, más "natural" o "naturalizada". Creemos que aquí Suárez se vio muy influido por algunos autores nominalistas, como Ockham y Gerson. En algunos de los principales nominalistas ya venía una crítica y una minimización de las naturalezas o esencias. Por eso se desconfiaba de una ley jurídica o moral que surgiera completamente de la naturaleza; se prefería pensar que era ley porque Dios la establecía, la promulgaba.

Inclusive con ello se podrían explicar las excepciones que había hecho El mismo de algunos mandamientos del decálogo a diversos personajes de la historia sagrada, tal como se decía en las Escrituras, y el decálogo era visto como un documento que contenía, al menos en parte, la ley natural. El que establece una ley puede conceder privilegios con respecto a ella. Muy significativo resulta que autores nominalistas, como Gerson, Almain y Mair, tomen los derechos subjetivos con un sentido de permiso o privilegio, concedido por el superior o legislador. Es un acierto acercar la ley natural a la ley positiva, cosa que se afanarán en evitar Vitoria y Soto. Educados por los nominalistas, ambos autores tratan de defender la idea de derecho objetivo por encima del subjetivo; y esto parece tener más en cuenta la fundamentación de la ley natural en la propia naturaleza de la que se origina, y no tanto en un legislador, que sería Dios solamente. Sobre todo Soto se esfuerza por evitar ese recurso al supremo legislador, tal vez porque, como él mismo lo dice en su tratado sobre los universales o predicables, fue criado entre los nominalistas, y, al hacerse tomista, se esforzó por liberarse de su influencia.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

Creemos que ahora se necesita una nueva confianza en la fuerza "legislativa" de la naturaleza. Y va surgiendo. Lo vemos en dos hechos. Uno es la renovación de la postulación de naturalezas, en la ontología más reciente, al trasluz de la lógica modal. Y otro es la superación de la nefasta dicotomía entre hecho y valor, la conocida acusación de falacia naturalista, que ahora está en descrédito y no asusta a nadie. Si reconocemos que en la naturaleza hay un núcleo valorativo, una carga de eticidad, un contenido de juridicidad, no nos parecerá abusivo desentrañarlos a partir de ella, y hablar de una ley natural como surgida de la naturaleza, sin tener que acudir al legislador divino para que pueda ser concedida como ley por derecho propio. Ciertamente que no se puede hablar de ella con toda propiedad como ley. Pero lo será en sentido analógico. Y con ello nos basta. Esto ayudará a detener la arrebatada corriente que arrastra a muchos hoy en día hacia un relativismo vertiginoso, que amenaza con dejarnos sin un criterio aceptablemente fijo y universal de conducta, y aceptablemente dador de sentido para la acción del hombre en nuestro mundo.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Abril Castillo, V., "Suárez, padre de los derechos humanos", *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, 7, 1980.

Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Madrid, BAC, 1990.

Aristóteles, *Etica a Nicómaco*, 6a. ed., trad. de J. Marías y M. Araujo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

———, *De Anima*, III, 10, 10 a 15, trad. de Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1988.

Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986.

Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 1993.

———, *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Anthropos, 1994.

———, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, México, UNAM, 1997.

———, *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, 2a. ed., 2000.

———, *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2004.

———, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2005.

———, *Los principios de la filosofía de Santo Tomás. Líneas generales del pensamiento sociopolítico de Santo Tomás de Aquino*, 2a. ed., México, IMDOSOC, 2002.

Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.

Bloch, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar, 1980.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

BOBBIO, N., *Tavola ronda sul positivismo giuridico,* Milán, Giuffrè, 1966.

———, "Hegel y el iusnaturalismo", *Diánoia,* 13, 1967.

———, *Contribución a la teoría del derecho,* Valencia, Fernando Torres, 1980.

———, *La edad de los derechos,* trad. de R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

———, *El problema del positivismo jurídico,* México, Fontamara, 1991.

———, "Presente y futuro de los derechos del hombre", en el mismo, *El problema de la guerra y las vías de la paz,* 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1992.

———, *El positivismo jurídico,* Madrid, Debate, 1993.

———, "El futuro de la democracia", trad. de J. E. Fernández Santillán, *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica,* Madrid, Civitas, 1988.

CARRILLO PRIETO, I., *Cuestiones jurídico-políticas en Francisco Suárez,* México, UNAM, 1977.

CARRUTHERS, P., *The Animals Issue: Moral Theory in Practice,* trad. de J. Ma. Perazzo, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

CHARLESWORTH, M., *Bioethics in a Liberal Society,* trad. de M. González, Cambridge, Cambridge University Press,1996.

CORTINA, A., "Una teoría de los derechos humanos", en la misma, *Ética sin moral,* Madrid, Tecnos, 1990.

COTTA, S., *¿Perché it diritto?*, 2a. ed., trad. de J. Joaquín Blasco, Madrid, Rialp, 1995.

DABIN, J., "El derecho subjetivo", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955.

DIETERLEN STRUCK, P., *Sobre los derechos humanos,* México, UNAM, 1985.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

DWORKIN, R. (comp.), *La filosofía del derecho,* trad. de J. Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

———, *Los derechos en serio,* 2a. ed., trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1989.

———, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom,* Nueva York, Knopf, 1993.

FABRO, C., *Breve Introduzione al Tomismo,* trad. de M. Fancisca de Castro, Madrid, Rialp, 1999.

FASSO, G., *Storia della filosofia del diritto I,* trad. de J. F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1982.

FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Madrid, Debate, 1991.

FINNNIS, J., *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1984.

FLORES, B. I., "Ronald Dworkin (1931-2013). Vida y obra", *Documentos de trabajo,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

GALLEGOS ROCAFULL, J. M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez,* México, Jus, 1948.

GARCÍA LÓPEZ, J., "La persona humana", *Anuario Filosófico,* IX, 1976.

———, *Individuo, familia y sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1990.

GARCÍA HUIDOBRO, J., *Razón práctica y derecho natural (el iusnaturalismo de Tomás de Aquino),* Valparaíso, Edeval, 1993.

———, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo,* México, UNAM, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, E., "El derecho natural y el principio jurídico de razón suficiente", en el mismo, *Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979,* México, UNAM, 1984.

GARZÓN VALDÉS, E., "Intervencionismo y paternalismo", *Revista Latinoamericana de Filosofía*, año 16, núm. 1, 1990.

GÓMEZ ROBLEDO, A., "Introducción a la política de Aristóteles", en *La Política de Aristóteles,* México, UNAM, 2000.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?*, Barcelona, Herder, 2008.

GROSSI, P., *II dominio ele cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali,* Milán, Giuffrè, 1992.

GRUESO, D. I., *Rawls. Una hermenéutica pragmática*, Cali, Colombia, Universidad del Valle, 1997.

GUZMÁN BRITO, A., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo,* Valparaíso, Eds. Universitarias de Valparaíso, 1976.

HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung,* Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1992.

———, "Derecho natural y revolución", en el mismo, *Teoría y praxis,* Buenos Aires, Sur, 1966.

HART, H. L. A., "¿Hay algunos derechos naturales?", *Derecho y moral, contribuciones a su análisis,* trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.

———, *El concepto de derecho,* 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea,* Madrid, Tecnos, 1986.

HERRERA IBÁÑEZ, A., "Los intereses de los animales y sus derechos", *Dilemas éticos,* México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1997.

HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1991.

———, *Los eclesiasticistas ante un espectador,* Pamplona, Eunsa, 1991.

———, *Lecciones propedéuticas de filoso fía del derecho,* Pamplona, Eunsa, 1992.

———, "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *Escritos de derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

———, *Introducción crítica al derecho natural,* 7a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

———, *Cuatro lecciones de derecho natural,* 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

———, *Escritos de derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

———, "Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica", *Persona y Derecho,* 11, 1984.

——— y Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1992.

Hoerster, N., *Problemas de ética normativa,* México, Fontamara, 1992.

Hoyos Valdés, D., "Ética de la virtud", *Discusiones filosóficas*, Manizales, Colombia, año 8, núm. 11, 2007.

Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi,* Milán, Società Editrice Libraria, 1912.

Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit,* trad. de L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992.

Kelsen, H., *Teoría pura del derecho,* trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1981.

———, *Teoría general del derecho y del Estado,* 3a. ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1990.

Lachance, L., *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas,* 2a. ed., Ottawa-Montréal, Eds. du Lévrier, 1984.

Laporta, E., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa,* 4, 1987.

———, *Entre el derecho y la moral,* México, Fontamara, 1995.

Lévinas, E., *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pretextos, 2001.

Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil,* Madrid, Aguilar, 1975.

MacIntyre, A., *After Virtue,* Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981.

Massini Correas, C. I., *Sobre el realismo jurídico,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

———, *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

———, *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo,* Santiago de Chile, Alfabeta, 1987.

———, *Filosofar del derecho. El derecho y los derechos humanos,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot,1994.

———, “El derecho a la vida”, en *Problemas actuales sobre derechos humanos,* México, UNAM, 1997.

McCarthy, T., “Constructivismo y reconstructivismo kantiano. Rawls y Habermas en diálogo”, Gimbernat, J. A. (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas,* Madrid, Biblioteca Nueva, 1997.

Millán Puelles, A., “La dignidad de la persona humana”, *Sobre el hombre y la sociedad,* Madrid, Rialp, 1976.

———, *Persona humana y justicia social,* México, Minos, 1990.

———, Voz “Naturaleza” , *Léxico filosófico,* Madrid, Rialp, 1984.

Muguerza, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate, 1989.

Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1980.

———, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación,* Buenos Aires, Paidós, 1984.

———, “Derecho, moral y política”, *Crisis del derecho y sus alternativas,* Buenos Aires, Congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre, 1992.

Ocariz, F., “Rasgos fundamentales del pensamiento de Santo Tomás”, *Tomás de Aquino también hoy,* Pamplona, Eunsa, 1990.

Peces-Barba, G., “Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 28, 1988.

———, *Curso de derechos fundamentales,* Madrid, Eudema, 1991.

Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución,* 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991.

———, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho,* 2a. ed., Madrid, Trotta, 1995.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Rialp-Bogotá, Grupo Editor Quinto Centenario, 1988.

POND, R., *Evolución de la libertad,* México, Libreros Mexicanos Unidos, 1964.

RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *La filosofía jurídica de Michel Villey,* Pamplona, Eunsa, 1990.

RAWLS, J., *A Theory of Justice,* Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 1971.

RAWES, J., *Liberalismo político,* trad. de S. R. Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económico, 1995.

RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford, Clarendon Press, 1979, trad. de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982.

RECASÉNS SICHES, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suárez,* México, Jus, 1947.

RICOEUR, R., *Sí mismo como otro*, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI, 2003.

ROJO SALAZ, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 5, 1988-1989.

SALDAÑA, J., "Derecho natural", *Diccionario jurídico mexicano D-E III,* México, Porrúa-UNAM, 2002.

——— y ORREGO, C., *Poder estatal y libertad religiosa. Fundamentos de su relación,* México, UNAM, 2000.

SÁNCHEZ FERRIZ, It., *Estudio sobre las libertades,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *Los derechos humanos en la revolución francesa,* México, UNAM, 1956.

SCHOUPPE, J. P, "La concepción realista del derecho", *Persona y Derecho,* 11, 1984.

SERRANO VIELAFAÑE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales,* 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense, 1977.

SINGER, P., *Practical Ethics,* 2a. ed., trad. de R. Herrera, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

SINGER, E., *Rethinking Life and Death. The Collapse of our Traditional Ethics,* trad. de Y. Fontal, Barcelona, Paidós, 1997.

SOAJE RAMOS, G., "Diferentes concepciones del derecho natural", *Ethos,* 10-11, 1982-1983.

SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional,* trad. de D. Innerarity, Madrid, Rialp, 1989.

SUÁREZ, F., *De legibus,* Pereña, L. y Abril, V. (eds.), Madrid, CSIC, 1974.

TAMAYO y SALMORAN, R., *El derecho y la ciencia del derecho,* México, UNAM, 1986.

———, "Voz derecho subjetivo", *Diccionario jurídico mexicano,* México, UNAM, 1987.

———, *Introducción al estudio de la Constitución,* 3a. ed., México, UNAM, 1989.

TORREL, J. P., *Tommaso d'Aquino. L'uomo e il teologo,* Piemme, s. l., 1994.

TORRE RANGEL, J. A. de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas,* México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1992.

TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales,* 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1984.

TUGENDHAT, E., *Antropología en vez de metafísica*, Barcelona, Gedisa, 2008.

VALDÉS, M., "Aborto y anticoncepción en México. Las actitudes v argumentos de la Iglesia católica", *Dilemas éticos,* México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1997.

VIGO, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

———, *Interpretación jurídica*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

VILLEY, M., "Suum ius cuique tribuens", *Studi in onore di P. Francisci,* Milán, Giuffrè, 1956.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/odQw8a

———, "Les origines de la notion de droit subjectif", *Lecons d'histoire de la philosophic du droit,* París, Dalloz, 1962.

———, "Prolegoménes a l'étude du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Cours d'histoire de la philosophic du droit,* París, Les Cours de Droit, 1962-1963.

———, "La genése du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Archives de philosophic du droit*, 9, 1964.

———, *Consideraciones en pro del derecho natural clásico,* Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.

VUTEV, M., "Le droit de l'individu chez Hobbes", *Seize essais de philosophic du droit,* París, Dalloz, 1969.

———, "Le droit *subjectif* chez Ihering".

———, "Crítica de los derechos del hombre", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 12, 1972.

WIECKER, E., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna,* trad. de F. Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de investigaciones jurídicas

Derechos humanos y naturaleza humana, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 15 de diciembre de 2017 en los talleres de Cromo Editores, S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 57 x 87 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros.

Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).